



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 34/12.01.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 1616/12.01.2021, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ..., în calitate de lider al asocierii SC ...SRL - SC ... SRL, formulată împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 84/05.01.2021 și a raportului final din data de 05.01.2021, documente emise de ... SA, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului, aferente obiectivului de investiții – „Construire bazin de înot didactic”, cod CPV 45200000-9, s-a solicitat:

- *anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 84/05.01.2021, a raportului final publicat pe site-ul SICAP la data de 05.01.2021 și a tuturor actelor subsecvente, în ceea ce privește declararea ca neconformă și inacceptabilă a ofertei depusă de Asocieria ...SRL - ... SRL.*

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ...SRL reclamă decizia autorității contractante de a respinge oferta asocierii, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Astfel, în etapa de verificare a documentelor justificative DUAЕ, autoritatea contractantă a solicitat, prin adresa nr. 7566L/13.11.2020, clarificări privind capacitatea asociatului ... SRL, aflat în insolvență, de a executa contractul de achiziție cu mențiunea de a preciza faza în care se regăsește acesta, respectiv faza de observație în care se adoptă măsurile necesare în vederea întocmirii planului de reorganizare sau se află în faza de reorganizare judiciară.

Petenta învederează că, prin încheierea de ședința din 30.05.2019, Tribunalul București a admis cererea ... SRL și a dispus deschiderea procedurii insolvenței în forma generală prevăzută de Legea nr. 85/2014, fiind desemnat administrator judiciar CITR Filiala București SPRL, hotărâre definitivă prin neapelare.

Astfel, ... SRL se află în perioada de observație din cadrul procedurii de insolvență, perioadă premergătoare propunerii unui plan de reorganizare, etapa condițională de întocmire a tabelului definitiv al creditorilor și de finalizare a procedurii de evaluare a bunurilor aflate în patrimoniul debitoarei, perioada de observație fiind prelungită, având în vedere existența pe rolul Tribunalului București a mai multor dosare asociate având ca obiect contestații formulate împotriva tabelului preliminar al creanțelor, dosare în prezent aflate în curs de soluționare.

De asemenea, contestatoarea susține că a arătat comisiei de evaluare că ... SRL are atât în prezent, pe toată perioada de observație a procedurii insolvenței, cât și la momentul în care va fi propus, aprobat și confirmat un plan de reorganizare și pe toată perioada desfășurării acestuia, drept deplin de administrare, sub supravegherea administratorului judiciar, în ceea ce privește desfășurarea activității curente, având capacitatea deplină de a executa contractele în care urmează să fie parte, implicit și cel care face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Așadar, deși împotriva asociatului în cauză s-a dispus deschiderea procedurii insolvenței, acesta poate participa în continuare la procedurile organizate în temeiul Legii nr. 98/2016 în vederea contractării de lucrări specifice obiectului sau de activitate, în aceleași condiții cu alți operatori economici care nu se află sub incidența Legii nr. 85/2014 independent de orice datorii născute anterior deschiderii procedurii.

Petenta susține că a răspuns întocmai solicitării de clarificări, cu adresa nr. 2387 din 17.11.2020, prin care a făcut dovada capacității de a realiza, în proporția procentului aferent asociatului ... SRL, de 10%, cu personal, utilaje și experiență, însă autoritatea contractantă a ignorat răspunsul său.

S-a precizat, totodată, că la acest moment ... SRL se află în perioada de observație din cadrul procedurii de insolvență (fază acceptată atât de lege, dar și de autoritatea contractantă), judecătorul sindic reținând intenția expresă a debitoarei de a-și reorganiza activitatea.

... SA a reținut din documentele depuse de asociatul în insolvență, că rezultă o datorie de 29.210.053 lei, în legătură cu care comisia de evaluare nu a solicitat clarificări, luând decizia de a respinge oferta ca inacceptabilă și neconformă.

Prin certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri datorate bugetului local se atestă că asociatul ... SRL nu are creanțe bugetare de plată scadente. Fiind datorii anterioare deschiderii procedurii insolvenței acestea nu pot sta la baza excluderii unui ofertant dintr-o procedură de atribuire, așa cum se menționează în Legea nr. 85/2016.

Contestatoarea invocă prevederile art. 167 alin. (2), potrivit cărora autoritatea contractantă nu exclude din procedură operatorul economic care face dovada capacității de a executa contractul. Societatea are un procent de doar 10% din întregul contract, majoritatea acestuia (88,50%) fiind deținută de liderul asocierii ...SRL.

Prin urmare, contestatoarea apreciază că decizia de a respinge oferta este pur arbitrară și luată cu încălcarea și/sau necunoașterea dispozițiilor legale.

De asemenea, aceasta precizează că, potrivit Legii nr. 85/2016, orice creanță născută anterior datei deschiderii procedurii insolvenței (așa cum este cea de 29.210.053 lei) are un regim special, fiind supusă reglementărilor acestei legi, în ceea ce privește modalitatea de plată a acestora, după reguli clare, dispozițiile legale neprevăzând excepții de la aceste prevederi, cum ar fi plata preferențială a datoriilor existente la bugetul de stat pentru motive de oportunitate.

În sprijinul susținerilor sale, petenta invocă și jurisprudența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor care, într-o speță similară a decis următoarele: „...Ori, Consiliul constată că autoritatea contractantă a ignorat informațiile primite anterior la data de 12.12.2016, când s-au depus documente care să ateste faptul că a fost declanșată procedura de insolvență, contestatoarea aflându-se în observație, că s-a angajat să reorganizeze activitatea prin depunerea unui plan de reorganizare, că se află în faza de finalizare a tabelului preliminar al creanțelor. (...) Nu există nicio prevedere legală care să susțină afirmațiile achizitoarei din punctul de vedere la contestație potrivit căreia faptul că este în insolvență un operator economic nu are relevanță în aprecierea legată de datoriile exigibile de plată. Conform art. 102 alin. (6) din Legea nr. 85/2014, anterior citat, creanțele născute după data deschiderii procedurii vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, datoriile existente anterior declanșării procedurii de insolvență trebuie admise la masa credală și ulterior planificat termenul și modalitatea de achitare a lor. Câtă vreme entitățile contractante nu îi era cunoscut dacă sumele datorate bugetului de stat sunt înscrise la masa credală și, respectiv, în planul de reorganizare, dacă sunt suspendate, comisia de evaluare nu putea lua o decizie în consecință.”

De asemenea, dispozițiile art. 157 alin. (2) lit. d) din Codul de procedură fiscală stipulează că *„Nu sunt considerate obligații fiscale: obligațiile fiscale care nu se sting potrivit art. 266 alin. (9)”, respectiv: „pe toată perioada derulării procedurii insolvenței sau reorganizării judiciare, după caz, creanțele prevăzute la alin. (8) nu se sting.”*

În continuare, în raportul final, autoritatea contractantă a reținut că societatea nu a făcut dovada capacității de a executa contractul, temându-se de o eventuală reziliere pe motiv că acest contract ar aduce pierderi societății, așa cum a considerat administratorul judiciar cu cele 11 contracte denunțate în trecut de societate ca fiind nerentabile.

Contestatoarea învederează că societatea ... SRL nu are calitatea de a decide rezilierea unui contract cu achizitorul din moment ce este parte a unei asocieri din care deține doar 10%, decizia putând fi luată de liderul de asociere SC ...SRL, împreună cu ceilalți asociați, aceasta poate cel mult să se retragă din acest contract, iar liderul de asociere fie să găsească alt asociat, fie să preia și partea de 10% din lucrare pe timpul execuției, în funcție și de opțiunile autorității contractante.

De asemenea, aceasta apreciază că autoritatea contractanta încurcă noțiunea de capacitate tehnică cu cea de capacitate financiară, ori, ... SRL deține și are capacitatea tehnică de a executa acest contract. Autoritatea contractantă nu a solicitat prezentarea unor scrisori bancare de bonitate, linii de credit sau orice alte documente pentru a demonstra capacitatea financiară de a susține acest contract. ... a declarat neconformă această ofertă pe baza premisei că asociatul ... SRL nu are capacitatea financiară de a executa acest contract, fără să existe o cerință în acest sens, mascând practic aceasta motivare în lipsa capacității tehnice și prezența unor datorii inexistente, contrar cerințelor și documentelor prezentate la solicitarea acesteia.

Totodată, aceasta arată că, luând în considerare prevederile acordului, afirmația autorității contractante cu privire la posibilitatea asociatului în insolvență de a rezilia în orice moment contractul de achiziție publică nu are susținere legală, contractul putând fi dus la bun sfârșit de ceilalți doi asociați. Mai mult, art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, la care face referire autoritatea contractantă în susținerea deciziei sale, cuprinde pe lângă asumarea răspunderii și principiile nediscriminării și tratamentului egal încălcate în mod flagrant de autoritate prin decizia exprimată în raportul final.

Compania Națională de Investiții SA încheie motivarea propriei decizii contrazicând propriile documente emise. Astfel, dacă în solicitarea de clarificări a cerut precizarea fazei în care se află societatea în insolvență (așa cum prevăd și normele legale în vigoare) *„respectiv fie că se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță, conform prevederile art. 167 alin. (1) lit. b) coroborat cu alin. (2) din Legea 98/2016”*, în raportul



procedurii aceasta ignoră normele legale și chiar interpretează abuziv inventând condiția expresă că până în prezent societatea trebuia să aibă plan de reorganizare fezabil. În opinia petentei, această atitudine contravine principiilor statuate de legislația în domeniu și reprezintă o încălcare evidentă a drepturilor sale.

În concluzie, contestatoarea apreciază că prin luarea deciziei de a considera oferta sa neconformă, autoritatea contractantă a ignorat prevederile art. 341 din Legea nr. 85/2014 - *„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.”*, dar și prevederile art. 16 din Constituția României care consacră egalitatea în drepturi *„(1) Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări. (2) Nimeni nu este mai presus de lege.”*

Autoritatea contractantă a transmis punctului său de vedere nr. 1613/19.01.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 3030/19.01.2021, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, având în vedere următoarele motive:

La procedura în cauză au participat trei ofertanți, respectiv: ... SRL, asocierea În conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a decis anularea procedurii de atribuire, deoarece nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Comisia de evaluare a solicitat asocierii contestatoare, clasate pe primul loc, prin adresa nr. 7079L/28.10.2020, să prezinte documentele-suport/dovezi în demonstrarea informațiilor prezentate în DUAЕ, termenul limită de depunere fiind 05.11.2020.

În urma verificării documentelor-suport/dovezilor, comisia de evaluare a constatat că informațiile preliminare din DUAЕ nu au fost demonstrate.

Având în vedere că unul dintre membrii asocierii contestatoare se află în procedura de insolvență, respectiv asociatul ... SRL, comisia de evaluare a solicitat, prin adresa nr. 7566L/13.11.2020, să prezinte documente din care să reiasă că, în aceste condiții, are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru.

Ofertantul a răspuns în termen (adresa înregistrată la ... cu nr. 7773L/23.11.2020) și a transmis o serie de înscrisuri în susținere, comunicând faptul că societatea SRL se află în procedură de insolvență, *„în perioada de observație, exprimându-și expres intenția de reorganizare astfel încât să se încadreze în excepția prevăzută de alin. (2) art. 167 din Legea nr. 98/2016, respectiv debitoarea nu se încadrează în cazurile de excludere de la procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică și are deplină capacitate de a executa contractul de achiziție publică, având inclusiv capacitatea financiară în acest sens, neînregistrând datorii curente către bugetele locale,*

respectiv cel consolidat" (adresa ... nr. 4756/17.11.2020, semnată de administratorul special).

În Încheierea pronunțată de Tribunalul, în data de 30.05.2019, în Dosarul nr., judecătorul sindic *„fixează termen pentru analiza stadiului continuării procedurii la 10.10.2019"*. În prezent, pe rolul instanței (Tribunalul), Dosarul nr. se află în stadiul de judecată, cu termen 21.01.2021, termen la care se vor discuta obiecțiunile la raportul de evaluare, cererile de ridicare a suspendării și cererile de trecere la faliment.

Analizând răspunsul la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei în temeiul 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece răspunsul la solicitarea de clarificări este neconcludent, iar ofertantul nu face dovada că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică.

În acest sens, autoritatea arată că dispoziția legală cu privire la decizia de excludere din procedura de atribuire prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 a fost stabilită de legiuitor cu caracter imperativ. De asemenea, legiuitorul a stabilit și excepția de la aplicarea acestor dispoziții imperative, aceasta regăsindu-se la art. 167 alin. (2).

Stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată de legiuitor la aprecierea autorității contractante, care decide dacă din documentele transmise de ofertant rezultă în mod evident capacitatea acestuia de a continua activitatea curentă, de o manieră sustenabilă.

În acest sens, în baza principiului asumării răspunderii, prevăzut de art. (2) din Lege, autoritatea contractantă este singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului. În același timp, trebuie avut în vedere și aspectul că autoritatea contractantă nu trebuie să se asigure doar de atribuirea contractului, ci și de derularea lui în parametri calitativi și cantitativi solicitați.

Mai mult, autoritatea contractantă arată că decizia comisiei de evaluare este susținută și de informațiile cuprinse în cadrul unui document transmis de asocierii contestatoare, denumit *„Raport asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței debitoarei ... SRL"*, unde, la pag. 37, este menționat că, în vederea maximizării averii debitorului, administratorul judiciar a procedat la denunțarea a nu mai puțin de 11 contracte. Rezultă, așadar, în mod cert că activitatea curentă a ofertantului generează pierderi financiare substanțiale, iar în lipsa unui plan de reorganizare fezabil, care să permită continuarea activității curente, există incertitudine asupra modului în care urmează a fi derulat contractul de achiziție publică.

În acest context, nimic nu garantează că, după încheierea contractului obiectul prezentei proceduri, în baza aceluiași raționament, *„de maximizare debitorului"*, nu se va decide de către administratorul judiciar și rezilierea contractului cu

Având în vedere că, până în prezent, nu a fost întocmit un plan de reorganizare fezabil, condiția expresă prevăzută de legiuitor nu este îndeplinită și în consecință, ofertantul nu demonstrează că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru.

De asemenea, autoritatea contractată susține că a respectat întocmai prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, permițând accesul acestuia la procedură, în condițiile în care ofertantul se afla în insolvență. Cu toate acestea, articolul de lege prevede obligativitatea comisiei de evaluare de a nu elimina din procedură ofertantul aflat în insolvență, nu însă și obligativitatea de a-l desemna câștigător pe acesta.

În cauză, comisia de evaluare a avut în vedere și aspectul că din documentele depuse de asocierea contestatoare rezultă o datorie către bugetul de stat în cuantum de 29.210.053 lei.

În acest sens, în conformitate cu prevederile art. 165 alin. (2) și art. 166 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, singurele excepții conform cărora ofertantul nu poate fi exclus din procedură în situația în care înregistrează datorii la bugetul consolidat sunt:

- *„dacă, anterior deciziei de excludere, operatorul își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor”;*

- *„cuantumul impozitelor, taxelor și contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate și restante este mai mic de 10.000 lei.”*

Astfel, comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu se află în niciuna din excepțiile prevăzute de legislația privind achizițiile publice, deoarece datoriile înregistrate depășesc cuantumul de 10.000 lei și acesta nu a prezentat niciun document din care să rezulte că sumele datorate au fost eşalonate sau a beneficiat de alte facilități fiscale.

Concluzionând, autoritatea contractantă apreciază că a procedat temeinic și legal, în baza principiului asumării răspunderii, respingând oferta prezentată de asocierea ... SRL, deoarece nu a dorit să își asume riscul încheierii contractului cu un ofertant care este în insolvență și are datorii ce însumează un total de 29.268.396 lei.

Urmare punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă, SC ...SRL, în calitate de lider al asocierii ...SRL - ... SRL - ... SRL, precizează următoarele:

În apararea deciziei luate, autoritatea contractantă face referire la Dosarul nr. 15563/3/2019 și termenul dispus în această cauză, respectiv 21.01.2021.

În acest dosar, judecătorul sindic a decis: *„păstrarea de către SC ... a dreptului de administrare sub supravegherea administratorului*

judiciar și a reținut intenția expresă a debitoarei de a-și reorganiza activitatea în cadrul procedurii de reorganizare judiciară".

În ceea ce privește cererile de trecere la faliment, la care face referire autoritatea contractantă, petenta arată că asupra asociatului ... SRL nu planează niciun fel de pericol cu privire la admiterea unei astfel de cereri, întrucât la termenul din data de 21.01.2021, una din societățile ce au înaintat o astfel de cerere, a depus și cererea de renunțare, având în vedere soluționarea pe cale amiabilă a diferendului. Cu privire la cea de-a doua cerere, la data termenului nu se regăsea la dosar taxa de timbru aferentă, instanța rămânând în pronunțare atât asupra excepției de netimbrare, cât și asupra excepției inadmisibilității ridicată de către ... SRL, având în vedere nerespectarea procedurii prevăzute de Legea nr. 85/2014, respectiv aceea de a formula cerere de plată la administratorul judiciar, care să fie admisă de către acesta sau de către judecătorul sindic pentru a se naște dreptul de a formula o astfel de cerere de faliment în 60 de zile de la data recunoașterii creanței ca fiind certă, lichidă și exigibilă.

Mai mult, aceasta arată că cererea de plată formulată de SRL, la administratorul judiciar, a fost respinsă, de unde reiese că respectiva creanță solicitată nu întrunește condițiile prevăzute de lege pentru a fi considerată certă, lichidă și exigibilă.

Prin punctul de vedere expus de autoritate, aceasta a renunțat în totalitate la prevederea art.167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care instituie un drept de participare la licitație și evident și de câștigare a acesteia, a societăților care se află în stare de observație din cadrul procedurii de insolvență, interpretând limitativ prevederile legale când acceptă în procedură doar societățile care au program de reorganizare.

În opinia petentei, interpretarea abuzivă și rea intenție a autorității contractante este dovedită nu numai prin motivația formulată prin punctul de vedere depus la dosar, dar și prin practica ulterioară a autorității. Astfel, după doar 10 zile de la raportul contestat, autoritatea contractantă nu mai consideră imperative prevederile dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și emite un raport prin care declară câștigătoare, la o procedură asemănătoare cu cea în cauză, o asocieră care are în componență o societate în insolvență, fără plan de organizare aprobat/implementat.

Se mai menționează că, la această procedură, societatea în insolvență, declarată câștigătoare, deține o cota de 20% din contract, cu 10% mai mult decât societatea ... SRL.

De asemenea, contestatoarea învederează că din susținerile autorității contractante, reiese modul discreționar în care și-a întemeiat decizia de respingere a ofertei sale și că decizia nu s-a bazat decât pe o apreciere personală, fără a face aplicare niciuneia din prevederile legale speciale, care reglementează situația unui ofertant în insolvență, respectiv dispozițiile art. 341 din Legea nr. 85/2014, ale art. 16 din Constituția României și ale art. 77 punctul (6) din Legea 85/2014.

În continuare, autoarea contestației face referire la mențiunea cu privire la posibilitatea administratorului judiciar de a rezilia contractul cu ..., în cazul în care ar fi declarați câștigători, sub motivul „*maximizării averii debitorului*”, posibilitate ce există, potrivit art. 123 din Legea 85/2014, doar în primele 3 luni de la data deschiderii procedurii, în baza analizei cauzelor și împrejurărilor ce au dus la starea de insolvență, în vederea luării unor măsuri de redresare de natură a permite elaborarea unui plan de reorganizare fezabil. Aceasta era chiar una din criticile aduse de către ..., și anume că nu s-a demonstrat că s-au întreprins acțiuni concrete în vederea întocmirii unui plan de reorganizare, iar în momentul în care a demonstrat că a făcut toți pașii prevăzuți de lege, inclusiv acela de a desfășura activitatea curentă bazat pe contracte profitabile, fiind până la urmă rațiunea/scopul unei societăți, autoritatea înțelege să întoarcă aceste documente împotriva asociatului ... SRL, dându-le o interpretare abuzivă și nelegală.

În acest sens, petenta indică expres conținutul art. 123 alin. (1) - (3) din Legea nr. 85/2014, concluzionând că asupra unui viitor contract încheiat cu ... nu ar plana niciun fel de risc de a fi reziliat de către administratorul judiciar, mai ales că acest contract ar fi încheiat în perioada de supraveghere a activității, deci cu avizul expres al administratorului judiciar.

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

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1071947 din 21.07.2020 și a documentației de atribuire aferente, pentru contractul având ca obiect „*Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului, aferente obiectivului de investiții – „Construire bazin de înot didactic ...”*”, valoarea estimată fiind de 8.921.230 lei, fără TVA, iar data limită pentru depunere a ofertelor 13.08.2020, ora 15:00. Criteriul de atribuire stabilit este „*Prețul cel mai scăzut*”.

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 51L/05.01.2021, în cadrul procedurii au fost depuse 3 oferte printre care și oferta depusă de către contestatoarea din prezenta cauză, respectiv Asocierea formată din ...SRL – SRL, prin liderul asocierii, ...SRL.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă de către ...SRL recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206768535/1 din 15.01.2021, a sumei de 88.000,00 lei, emisă de CEC Bank Sucursala ..., respectându-se, astfel, dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Prin contestația formulată de ...SRL este criticată decizia autorității contractante cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, solicitând anularea acesteia, respectiv:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 84/05.01.2021, a raportului final publicat pe site-ul SICAP la data de 05.01.2021 și a tuturor actelor subsecvente, în ceea ce privește declararea ca neconformă și inacceptabilă a ofertei depusă de Asocierea ...SRL - ... SRL - SRL.

În susținerea contestației, ...SRL critică, în esență, faptul că autoritatea contractantă a luat decizia de a respinge oferta sa fără a ține seama de excepția prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cât și de dovezile depuse din care rezultă că are capacitatea de a executa contractul, chiar dacă împotriva asociatului său ... SRL a fost deschisă procedura insolvenței.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei rezultatul procedurii de atribuire cu adresa nr. 84/05.01.2021, prin care aduce la cunoștință acesteia următoarele motive de respingere a ofertei sale:

„Prin prezenta vă facem cunoscut că oferta prezentată de dumneavoastră (...), a fost respinsă în temeiul 134 alin. (5) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece:

- Întrucât asociatul ... SRL este în procedura de insolvență, comisia de evaluare v-a solicitat să prezentați documente din care să reiasă că aveți capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acord-cadru.

- Prin adresa înregistrată la ... cu nr. 7773L/13.11.2020, ați susținut faptul că aveți «deplină capacitate de a executa contractul de achiziție publică având inclusiv capacitatea financiară în acest sens, neînregistrând datorii curente către bugetele locale respectiv cel consolidat».

Analizând răspunsul la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei, deoarece a considerat răspunsul la solicitarea de clarificări neconcludent, nefăcând dovada că aveți capacitatea de a executa contractul de achiziție publică”.

Consiliul constată, de asemenea, că întreaga procedură de atribuire a fost anulată, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, așa cum rezultă din raportul procedurii de atribuire nr. 51L/05.01.2021 punctul 5, unde comisia de evaluare a consemnat că *„În baza art. 212 alin. (1) lit. a) din legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, procedura se anulează deoarece nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă”.*

Analizând motivul pentru care oferta depusă de Asocierea formată din ...SRL - SRL a fost respinsă, Consiliul constată că în etapa de evaluare a ofertelor, în speță a prezentării documentelor suport în dovedirea informațiilor cuprinse în DUAE, având în vedere că oferta

acestei asocieri a fost declarată admisibilă, comisia de evaluare a solicitat clarificări.

Astfel, prin adresa nr. 7566L/13.11.2020, au fost solicitate ofertantului contestator următoarele clarificări:

„Având în vedere că asociatul ... este în insolvență, comisia de evaluare va solicita următoarele:

1. Prezența documente din care să reiasă că asociatul ... are capacitatea de executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru, respectiv fie că se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță, conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. b) coroborat cu alin. (2) din Legea 98/2016. (...).”

Cu adresa nr. 2387/17.11.2020, însoțită de adresa de răspuns a ..., contestatoarea depune documente doveditoare detaliind totodată aspectele legate de capacitatea tehnică, resurse umane, experiență similară și capacitatea financiară de a executa contractul, precizând că prin hotărâre „judecătorul sindic nu a dispus ridicarea dreptului de administrare al subscrisei, acesta fiind în continuare exercitat de către reprezentanții săi, sub supravegherea administratorului judiciar. Totodată, a fost reținută intenția expresă a debitoarei de a-și reorganiza activitatea în cadrul procedurii de reorganizare judiciară, astfel cum este reglementată de legea nr. 85/2014”.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge din procedura de atribuire oferta prezentată de Asociera SRL – ... SRL, Consiliul constată, ca un prim aspect, faptul că, în etapa de verificare a DUA, comisia de evaluare, pe baza informațiilor din documentele puse la dispoziție de contestatoare ca urmare a solicitării de clarificări a luat, în mod greșit, decizia respingerii ofertantului pentru răspuns neconcludent raportat la solicitarea sa, respectiv *„documente din care să reiasă că asociatul ... are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru, respectiv fie că se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță, conform prevederilor art. 167 alin. (1) lit. b) coroborat cu alin. (2) din Legea 98/2016”*.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a avut în vedere la solicitarea de clarificări prevederile art. 167 alin. (1) lit. b) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la situația concretă legată de cererea de intrare în insolvență a asociatului ... SRL, Consiliul constată că de la momentul depunerii contestației și până la data soluționării prezentei cauze, pe rolul Tribunalului București, se află în stare de judecată Dosarul nr.

15563/3/2019, care are ca obiect cererea de intrare în insolvență a acestuia.

Consiliul va reține în soluționare decizia instanței referitoare la cererea de intrare în insolvență față de asociatul ... SRL, când Tribunalul ... a deschis procedura insolvenței prin încheierea din data de 30.05.2019, ocazie cu care s-a pronunțat astfel:

„Admite cererea debitoarei. În temeiul art. 71 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, deschide procedura generală împotriva debitoarei. Fixează următoarele termene limită: a) termenul limită de depunere, de către creditori, a opozițiilor la încheierea de deschidere a procedurii – 10 zile de la notificare, b) termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averii debitorului – 15.07.2019; c) termenul de verificare a creanțelor, de întocmire și publicare în Buletinul procedurilor de Insolvență a tabelului preliminar de creanțe – 5.08.2019; d) termenul de definitivare a tabelului creanțelor -30.08.2019; e) data primei ședințe a adunării generale a creditorilor – 12.08.2019. (...)”.

Este reținut de asemenea că în ședința din data de 01.02.2021 instanța a dispus *„Admite obiecțiunile 1 și 2 formulate de creditoarele ... SRL. Pune în vedere evaluatorului să reevalueze bunurile prin efectuarea inspecției fizice a acestora. Admite obiecțiunile 1 și 2 (ii) formulate de creditoarea ... SRL. Pune în vedere evaluatorului să reevalueze bunurile în raport de data inspecției fizice a acestora. Respinge în rest obiecțiunile, ca neîntemeiate. Ia act de renunțarea creditoarei ... SRL la cererea de intrare în faliment. Admite excepția netimbrată cererii de intrare în faliment formulată de SRL. Anulează cererea ca netimbrată. Cu drept de apel, (...)”.*

Prin urmare, în acest moment ... SRL se află în insolvență, însă în situația de excepție reglementată de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia *„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”*, motiv pentru care, în mod greșit, așa cum s-a reținut și anterior, autoritatea contractantă a luat decizia de a respinge a ofertei pentru răspuns neconcludent.

Consiliul va reține că în prezenta cauză ofertantul contestator a transmis autorității contractante un răspuns concludent raportat la situația concretă în care se află asociatul ... SRL, respectiv că se află în procedura de insolvență, însă se află în perioada de observație din cadrul procedurii de insolvență, perioadă premergătoare propunerii unui plan de reorganizare, etapă condiționată de întocmirea Tabelului definitiv al creditorilor și de finalizarea procedurii de evaluare a bunurilor aflate în patrimoniul ... SRL.

Prin răspunsul transmis autorității contractante, contestatoarea arată că are în prezent, pe toată perioada de observație a insolvenței cât și la momentul la care va fi propus, aprobat și confirmat un plan de reorganizare și pe toată perioada desfășurării acestuia, drept deplin de administrare, sub supravegherea administratorului judiciar, cu privire la activitatea curentă și are capacitatea deplină de a executa contractele în care este implicat, inclusiv contractul ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire.

În susținerea acestui răspuns a depus documente din care rezultă care sunt resursele de care dispune pentru a face dovada că are capacitatea de a executa cel puțin procentul de 10% (potrivit acordului de asociere) din lucrarea ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire, respectiv resurse materiale, umane și nu în ultimul rând experiența similară de care dispune în execuția unor astfel de lucrări.

Potrivit Acordului de asociere nr. 745/12.08.2020, cei trei asociați au convenit că:

„Art. 5. Părțile vor răspunde solidar și nelimitat în fața Beneficiarului în ceea ce privește toate obligațiile și responsabilitățile decurgând din au în legătură cu Contractul.

Art. 6. În caz de adjudecare, asociații au convenit ca cotele de participare în cadrul asocierii vor fi

- ... SRL 88,50%(optzecișiopt virgulă cincizeci procente)

*- ... SRL **10%(zece procente);***

- ... SRL 1,5%(unu virgula cinci procente)

Art. 7. Asociații convin să se susțină ori de câte ori va fi nevoie pe tot parcursul realizării contractului, acordându-și sprijin de natură tehnică, managerială și/sau logistică ori de câte ori situația o cere”.

Or, față de cele stabilite de părți prin acordul de asociere cât și situația de fapt în care asociatul ... SRL se află în acest moment potrivit informațiilor publice aflate pe Portalul instanțelor, răspunsul acestuia nu poate fi considerat neconcludent iar aprecierile comisiei de evaluare cu privire la un potențial pericol de anulare a contractului în viitor nu sunt fondate și nici susținute de vreun document. Dimpotrivă, pentru procentul de 10 % din partea din contract care revine acestui asociat, resursele materiale și umane cât și experiența similară în execuția unor astfel de lucrări de care dispune sunt suficiente pentru a permite acestei societăți să rămână în procedura de atribuire, în calitate de ofertant asociat.

Un argument în plus față de cele reținute anterior îl constituie și durata contractului din prezenta procedură care este potrivit cap. II.2.14 din fișa de date a achiziției de 12 luni, timp în care activitatea societății este sub supravegherea administratorului judiciar, în ceea ce privește desfășurarea activității curente, context care conduce la concluzia că ofertantul are capacitatea deplină de a executa contractele pe care le are în derulare sau în cele în care urmează să fie parte, ca în prezenta cauză.

Consiliul reține de asemenea că legiuitorul a stabilit o formă de protecție a societăților pentru care a fost deschisă procedura de insolvență prin dispozițiile art. 77 alin. 6 din Legea nr. 85/2014 potrivit căruia *„(6) Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii”* iar prin răspunsul transmis autorității contractante la solicitarea de a face dovada că are capacitatea de a executa contractul, *„respectiv fie că se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil fie că este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță”*, ofertantul contestator a răspuns concludent chiar în sensul confirmării situației invocate de către autoritatea contractantă.

Drept urmare, față de situația de fapt constatată la momentul soluționării contestației, Consiliul reține că toate argumentele contestatoarei din contestația depusă au fost confirmate de Tribunalul București prin încheierile pronunțate, prin care s-a admis cererea de intrare în insolvență a ... SRL și s-a dispus continuarea procedurii în sensul efectuării unor demersuri de reorganizare judiciară a acesteia, decizia autorității contractante de respingere a ofertei asocierii fiind astfel neîntemeiată.

Prin urmare, este necesară reîntoarcerea procedurii în etapa de verificare a informațiilor depuse în DUAЕ, din moment ce situația faptică este cea reținută anterior.

Prin urmare, Consiliul va anula decizia autorității contractante de a respinge oferta depusă de Asocieria ...SRL – ... SRL, constatând incidența în cauză a următoarelor dispoziții legale:

- art. 167 din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia *„(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”

- art. 167 din Legea nr. 98/2016, alin. (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”*

- art. 168 din Legea nr. 98/2016 – „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul 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/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, cazieri judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă”.

Din reglementările coroborate ale art. 167 și art. 168 din Legea nr. 98/2016 rezultă faptul că la momentul evaluării ofertei autoritatea contractantă era ținută să permită ofertantului să prezinte dovezile necesare conform excepțiilor prevăzute de lege, demers pe care de altfel l-a făcut, iar în măsura în care acestea sunt pertinente să le accepte, cum este cazul în prezenta speță, nu să aprecieze că dacă pentru unul dintre asociați a fost deschisă procedura de insolvență, ab initio, trebuie luată decizia respingerii ofertei. Consiliul mai reține că autoritatea contractantă era pe deplin îndreptățită să acceseze inclusiv Portalul instanțelor de judecată, acesta având caracter de bază de date publică, și să verifice stadiul în care se află procedura insolvenței pentru asociatul ... SRL.

Mai mult decât atât, Consiliul constată că decizia autorității contractante, deși este în fapt una de excludere din procedura de atribuire a ofertantului motivată exclusiv pe faptul că a fost admisă cererea de deschidere a procedurii de insolvență pentru asociatul ... SRL, în finalul adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 84/05.01.2021, autoritatea contractantă se limitează doar la a informa că „Analizând răspunsul la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei, deoarece a considerat răspunsul la solicitarea de clarificări neconcludent, nefăcând dovada că aveți capacitatea de executa contractul de achiziție publică”, fără a indica temeiul de drept în baza căruia a fost luată decizia de respingere. De asemenea, fără a indica în mod concret care sunt motivele pentru care concluzia comisiei de evaluare a fost aceea că ofertantul nu a făcut dovada că are capacitatea de a executa contractul de achiziției, așa cum legiutorul a stabilit în sarcina autorității contractante obligația de a comunica rezultatul procedurii de atribuire ofertanților a căror ofertă a fost respinsă, mai exact așa cum stabilesc în mod imperativ dispozițiile art. 215 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră „(2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: (...)

b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”.

Legat de cel de-al doilea argument al autorității contractante din adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, respectiv:

„- Prin adresa înregistrată la ... cu nr. 7773L/13.11.2020, ați susținut faptul că aveți «deplină capacitate de a executa contractul de

achiziției publice având inclusiv capacitatea financiară în acest sens, neînregistrând datoriile curente către bugetele locale respectiv cel consolidat»”, Consiliul constată că autoritatea contractantă deși l-a reținut în luarea deciziei de respingere a ofertei pentru răspuns neconcludent, nu a indicat, în mod concret, care este relevanța acestuia în luarea deciziei de respingere a ofertei pentru răspuns neconcludent în condițiile în care în solicitarea de clarificări nr. 7566L/13.11.2020, nu s-au cerut lămuriri cu privire la eventuale datorii la bugetul local sau la bugetul consolidat.

Astfel, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată caracterul fondat al contestației motiv pentru care va admite contestația formulată de SC ...SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ...SRL - SC ... SRL și va obliga autoritatea contractantă la anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 51L/05.01.2021, respectiv partea referitoare la oferta Asocierii SC ...SRL - SC SRL și la anularea adresei nr. 84/05.01.2021 prin care a fost comunicată decizia cu privire la respingerea ofertei acesteia, conform considerentelor de mai sus.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ...SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ...SRL - SC SRL în contradictoriu cu ... SA.

Obligă autoritatea contractantă la anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire nr. 51L/05.01.2021, respectiv partea referitoare la oferta Asocierii SC ...SRL - SC ... SRL și la anularea adresei nr. 84/05.01.2021 prin care a fost comunicată decizia cu privire la respingerea ofertei acesteia, conform considerentelor de mai sus.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, 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.

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 4 exemplare, conține 17(șaptesprezece) pagini.