C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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.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 Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., înaintată de asocierea ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ....., formulată împotriva actului administrativ nr. 13B/6233/ 04.12....., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emis de ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „..... LOT 1”, LOT 1, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de 23.08.2017, s-a solicitat .....

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

Asocierea ..... SA atacă comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 13B/6233/04.12....., emis de ..... SA, în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire mai sus amintită, potrivit căreia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 209 din Legea nr. 98/2016, apreciind-o ca neîntemeiată.

Contestatoarea precizează că, inițial, oferta sa a fost clasată pe primul loc în clasament, sens în care, prin adresa nr. 13B/4489/ 01.10....., autoritatea contractantă i-a solicitat documente

justificative actualizate prin care să „demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE prezentate cât și cu prevederile documentației de atribuire”, cu termen de răspuns în data de 10.10.....

Printre documentele depuse în răspuns s-a numărat și Contractul de fuziune prin absorbție între companiile . în calitate de societate absorbită, și .., în calitate de societate absorbantă.

Ca urmare a acestor documente transmise, autoritatea contractantă a revenit cu noi solicitări de documente la care petenta a solicitat prelungirea perioadei de răspuns, până la 13.11.....

În răspunsul transmis de ofertant la punctul 2.1, se precizează că legislaţia croată referitoare la faliment este în conformitate cu Regulamentul European nr. 848/2015 (Anexa nr. 10) al Parlamentului European și al Consiliului Europei, dar … nu se află în procedura de insolvență/faliment, așa cum este ea prevăzută în Regulamentul menționat mai sus, respectiv *stecajne,* care se traduce în limba română prin faliment, ci, într-o altă procedură, specifică Republicii Croate denumită p*redstecajne,* care se traduce, în limba română, prin pre-faliment.

Totodată, în răspuns se anexează declaraţia .. (Anexa nr. 7.7), reprezentantul legal atât al .. cât și al .., după fuziune, care explică că procedura care se traduce în limba română prin pre-faliment (predstecajne) este diferită de cea prevăzută în Regulamentul European ca fiind în Croaţia procedura de insolvență/faliment (stecajne), astfel încât formularul DUAE a fost corect completat la momentul depunerii ofertei.

Având în vedere faptul că Certificatul Constatator al companiei .., după realizarea fuziunii, urma să fie emis în data de 15.11....., societatea a solicitat autorității contractante să prelungească termenul de depunere până în data de 19.11....., însă aceasta nu a transmis niciun răspuns.

Ulterior, în data de 20.11....., întrucât s-a constatat că dintr-o eroare probabil tehnică, Certificatul de cazier judiciar al .. nu a fost încărcat în SEAP, acesta a fost transmis prin fax și e-mail.

Contestatoarea mai precizează că, având în vedere data de emitere a Cazierului Judiciar, respectiv 12.11..... și faptul că la data de 13.11..... s-a concluzionat că acesta nu a fost încărcat în SEAP, aceasta a solicitat autorității contractante deschiderea canalului de comunicare on-line în vederea transmiterii documentelor.

Întrucât până la data de 29.11..... nu a primit niciun răspuns din partea autorității contractante și nici nu a deschis canalul de comunicare on-line, a transmis prin fax și e-mail documentul solicitat, documentele ISO 9001 și 14001 ale .., precum și extrase din Regulamentul European 848/2015 privind insolvența.

Cu toate acestea, la data de 04.12....., a primit din partea autorității contractante comunicarea de respingere a ofertei sale, act pe care-l contestă în speța de față, apreciindu-l abuziv, pe motiv că, raportat la volumul mare al completărilor formale precum și

complexitatea situației generate de fuziunea .. cu .., autoritatea contractantă nu a răspuns cererii de prelungire a termenului de depunere a respectivelor documente.

Considerând că a îndeplinit toate condițiile prevăzute de art. 207 alin. (1) pct. a) și b) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea susține că aprecierea autorității contractante, de la punctul 1 din adresa de comunicare a rezultatului procedurii, este neîntemeiată, întrucât aceasta avea cunoștință de prevederile Contractului de Fuziune de la art. 7, conform căruia „Patrimoniul Societăţii absorbite, toate drepturile şi obligaţiile acesteia se transferă şi devin proprietatea Societăţii absorbante la data înscrierii fuziunii în temeiul prezentului Contract în Registrul Comerţului unde este înregistrată Societatea absorbantă, în aceeaşi zi, Societatea absorbită încetează să existe. După înscrierea fuziunii prin absorbţie în Registrul Comerţului unde este înregistrată Societatea absorbantă, valorile înscrise în bilanţul Societăţii absorbite se vor raporta în bilanţul Societăţii absorbante, în conformitate cu reglementările contabile”. Cu toate acestea, a stabilit termen de răspuns astfel încât să nu poată fi înaintat Certificatul constatator.

În punctul 2 al adresei de comunicare a rezultatului procedurii se prevede că "În înţelegerea comisiei cele 2 documente se află în perioada de valabilitate, iar cele două asocieri: Asocierea .. … sunt active în scopul participării la procedura de achiziţie publică (...)".

Raportat la fișa de date a achiziției, în care se menționează că Acordul de Asociere autentificat trebuie depus înainte de semnarea contractului, nefiind stabilit un moment clar de depunere a acestuia, contestatoarea precizează că, de bună credință, a depus documentul în discuție, autentificat.

Contestatoarea mai arată că, conform art. 12 din Contractul de fuziune, paragraful 4: „Transferul de patrimoniu, drepturi și obligații ale Societatii absorbite către Societatea absorbantă va intra în vigoare internă la data încheierii prezentului contract, și, începând cu acea zi, toate formalitățile și acţiunile Societății absorbite sunt considerate a fi luate în numele Societății absorbante”.

Contrar presupunerilor autorității contractante, contestatoarea susține că Acordul de Asociere nr. 1/07.12.2017 își încetează valabilitatea, la data înscrierii fuziunii la Registrul Comerţului, în virtutea contractului de fuziune, şi toate drepturile și obligațiile asociatului .. sunt preluate, începând cu această dată, de către .. și asumate prin Acordul de asociere, cu încheierea de autentificare nr. 1804/22.10.....

Astfel, cunoscând aceste prevederi ale contractului de fuziune, fiind de bună-credinţă, a încheiat Acordul de asociere menţionat anterior, cu Societatea absorbantă - ...

Referitor la susținerea autorității contractante conform căreia, în cadrul răspunsului la solicitarea nr. 6 ofertantul nu a transmis cazierul judiciar al societății .., contestatoarea apreciază că, dintr-o eroare tehnică, cazierul judiciar al companiei .. nu s-a încărcat odată cu documentele transmise către autoritatea contractantă în data de 13.11.....

Ulterior, observând că o parte din cele scanate și încărcate nu apar în fișierul încărcat, prin adresa nr. 5407/20.11....., a retransmis cazierul judiciar, rugând totodată autoritatea contractantă să deschidă canalul de comunicare online.

Contestatoarea mai supune atenției că documentul Cazier Judiciar a fost emis și tradus în 12.11....., el fiind disponibil în data de 13.11....., pentru transmitere către autoritatea contractantă.

Referitor la punctul 4 al adresei de comunicare a rezultatului procedurii, contestatoarea precizează că nu i-a fost solicitat, de către comisia de evaluare, punctual transmiterea certificatului ISO 9001 pentru asocierea …, ci doar s-a precizat că, "Comisia de evaluare nu a identificat în documentele prezentate informatii/dovezi /documente care să confirme asigurarea unui nivel corespunzător calității conform SR EN ISO 9001 sau echivalent cu cel solicitat prin documentaţia de atribuire pentru niciunul din membrii asocierii".

Astfel, la data de 13.11....., i-a transmis autorității contractante Certificatele ISO pentru societățile .., Certificatul pentru .. fiind emis în data de 10.10....., în urma auditului, începând cu luna august .....

Contestatoarea mai precizează că, din cauza unei greșeli de traducere a companiei auditoare, în certificat apare "Proiectare și executare a lucrărilor de construcție și a structurilor", în loc de "Proiectare și executare lucrări Ingineri Civilă și Clădiri", autoritatea contractantă reținând că "tipul de certificat deținut nu are corespondent în obiectul contractului aferent procedurii de achiziţie".

Contrar acestei rețineri, contestatoarea precizează că, chiar însăși autoritatea contractantă, în cerinţele Beneficiarului la capitolul 5, înțelege prin structuri: poduri, pasaje, podeţe, etc, elemente ce constituie o parte foarte importantă a contractului de achiziție.

Contestatoarea mai amintește că datorită procesului de fuziune, după emiterea de către Tribunalul din Zagreb a Certificatului Constator în data de 20.11....., compania de auditare a emis pentru compania .. un Certificat ISO 9001, cu aceeași serie și dată de emitere ca și Certificatul ISO 9001 emis pentru ... În ambele certificate, apar următoarele date:

a) raportul de revizuire nr. IA2.022059

b) nr. Certificate – QMS 0118 022059

c) data emiterii – 10.10.....

De altfel, afirmația autorității contractante potrivit căreia "Ofertantul a transmis Certificatul ISO 9001 pentru ... (SA) care la data transmiterii răspunsului (13.11.....) nici măcar nu mai exista încă de la data 11.10.....", în opinia contestatoarei, această afirmație este eronată, deoarece conform contractului de fuziune (art. 12 teza 2) - Părţile contractante stabilesc de comun acord ca transferul valorii totale a patrimoniului, a rezervelor, a drepturilor, a obligațiilor datorate, restante și neîndeplinite ale Societății absorbite vor trece la Societatea absorbantă la data înscrierii fuziunii prin absorbţie în Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul Comercial din Zagreb și că, în aceeaşi zi, Societatea

absorbită încetează să existe ca o entitate juridică și economică separată".

Astfel, având în vedere că înscrierea fuziunii în Registrul Comerţului de pe lângă Tribunalul Zagreb s-a realizat în data de 20.11....., conform Deciziei Tribunalului Comercial din Zagreb (număr înregistrare MBS: 080990235, Tt-18/37699-3), este evident că, la data de 13.11....., societatea .... încă exista.

Astfel, la data depunerii răspunsului (13.11.....), certificatul ISO 9001 emis pentru societatea .. era perfect valabil. Ulterior, ca efect al fuziunii, începând cu data de 20.11....., toate drepturile şi obligaţiile societăţii ..., inclusiv toate certificările şi autorizările acesteia, au fost preluate de către societatea absorbantă - ....., în acest sens, art. 7 din contractul de fuziune stabileşte că: „Patrimoniul Societăţii absorbite, toate drepturile şi obligaţiile acesteia se transferă şi devin proprietatea Societăţii absorbante la data înscrierii fuziunii în temeiul prezentului Contract în Registrul Comerţului unde este înregistrată Societatea absorbantă, în aceeaşi zi, Societatea absorbită încetează să existe”.

Astfel, societatea de Audit a emis un Certificat ISO 9001, cu acelaşi număr și în baza aceluiaşi raport de audit, pentru societatea …, imediat după emiterea Certificatului Constatator de către Registrul Comerţului de pe lângă Tribunalul din Zagreb.

În ceea ce privește punctul 5 al adresei de comunicare a rezultatului procedurii, care prevede "În cadrul răspunsului la solicitarea nr. 9 solicitantul a specificat că transmite conform solicitării ... certificatele ISO 14001 pentru cei doi membri ai asocierii" și respectiv "Cu toate acestea comisia de evaluare, prin adresa din 29.10....., a solicitat punctual transmiterea certificatului ISO 14001 pentru membrii asocierii .. - ..", contestatoarea susține contrariul, comisia de evaluare nesolicitându-i punctual transmiterea respectivului certificat.

Afirmația autorității contractante, conform căreia "tipul de certificat deținut nu are corespondent în obiectul contractului aferent procedurii de achiziţie", este falsă, în opinia contestatoarei, deoarece chiar însăși autoritatea contractantă, în Cerinţele Beneficiarului la capitolul 5, înţelege prin structuri: poduri, pasaje, podeţe, etc, elemente ce constituie o parte foarte importantă a contractului de achiziţie.

Având în vedere că înscrierea fuziunii în Registrul Comerţului de pe lângă Tribunalul Zagreb s-a realizat în data de 20.11..... conform Deciziei Tribunalului Comercial din Zagreb (număr înregistrare MBS: 080990235, Tt- 18/37699-3), este evident că la data de 13.11....., societatea ... încă există.

Prin urmare, contestatoarea susține că la data depunerii răspunsului (13.11.....), certificatul ISO 14001 emis pentru societatea .. era perfect valabil. Ulterior, ca efect al fuziunii, începând cu data de 20.11....., toate drepturile şi obligaţiile societăţii .., inclusiv toate certificările şi autorizările acesteia, au fost preluate de către societatea absorbantă - ....., potrivit art. 7 din contractul de fuziune: „Patrimoniul Societăţii absorbite, toate drepturile şi obligaţiile acesteia se transferă şi devin proprietatea Societăţii absorbante la data înscrierii

fuziunii în temeiul prezentului Contract în Registrul Comerţului unde este înregistrată Societatea absorbantă, în aceeaşi zi, Societatea absorbită încetează să existe".

În continuare, contestatoarea susține că autoritatea contractantă, în mod abuziv, a declarat oferta sa ca inacceptabilă, pe motiv că asociatul … se află în procedura de insolvență, la momentul depunerii DUAE, nu îndeplinește criteriile de atribuire și "s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul documentelor transmise la solicitarea autorității contractante".

Astfel, în răspunsul la solicitările de clarificare, transmis la 13.11..... la punctul 2.1 se precizează că legislaţia croată referitoare la insolvență/faliment/reorganizare/lichidare este în conformitate cu Regulamentul European nr. 848/2015 al Parlamentului European și al Consiliului Europei, iar ... și nu se află în procedura de insolvență, așa cum este ea prevăzută în Regulamentul menționat mai sus, respectiv stecajne, care se traduce în limba română prin faliment, ci într-o altă procedură, specifică Republicii Croate, denumită predstecajne care se traduce în limba română prin pre-faliment.

Astfel, în opinia contestatoarei, formularul DUAE a fost corect completat, la momentul depunerii ofertei.

Or, în opinia contestatoarei, .. se află într-o procedură care nu are legătură cu insolvența, falimentul sau reorganizarea judiciară și care poartă denumirea de „predstecajni postupak", deși în limba română, aceasta se traduce cu termenul „pre-faliment" și aceasta ar putea induce anumite confuzii, dar, se va ține cont de legislația în vigoare, respectiv Regulamentul European privind procedurile de insolvență în țările membre UE.

De altfel, comisia de evaluare putea să observe că Managementul companiilor .. nu este realizat prin intermediul unui Administrator Judiciar sau Special, conform Certificatelor Constatatoare transmise, iar conform Declarației reprezentantului legal, dl. .., în perioada procedurii denumită pre-faliment, .. a executat un contract de 1,3 Miliarde Krune, reabilitarea căii ferate Dugo Selo - Krizevci, proiect finanțat din fonduri europene.

Concluzionând, contestatoarea apreciază că prin respingerea ofertei sale din procedură, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 134 alin. (3) din HG nr. 395/2016, discriminând societatea sa întrucât nu i-a acordat timpul necesar pentru punerea la dispoziție a documentelor pe care aceasta le deținea.

Mai mult, deși autoritatea contractantă cunoştea din contractul de fuziune transmis, condiţiile de emitere a Certificatului Constatator a acordat Subscrisei un termen mai mic de transmitere al acestuia decât cel solicitat, cunoscând astfel că până la acea dată Tribunalul din Zagreb nu va emite documentul respectiv, nu a luat în considerare prevederile Regulamentului European 848/2015, a considerat în mod abuziv, neconforme Certificatele ISO 9001 si 14001, emise pe numele companiei ..., deși cunoştea, din contractul de fuziune că respectiva societate era activă până la momentul înscrierii fuziunii în Registrul Comerţului de pe

lângă Tribunalul din Zagreb și că pe altă parte noţiunea de Structuri include: poduri, pasaje, podeţe, etc, contestatoarea susține că la momentul emiterii deciziei de respingere a ofertei, deținea toate documentele care demonstrează că Asocierea îndeplineşte toate condiţiile prevăzute de art. 207 din Legea 98/2016.

Se mai apreciază de contestatoare că decizia de respingere a ofertei sale încalcă și principiile în materie, aducând atingere tratamentului egal și nediscriminatoriu, asigurării utilizării eficiente a fondurilor publice și proporționalității.

Față de cele menționate, contestatoarea solicită admiterea contestației, constatarea ca fiind acceptabilă și, respectiv admisibilă oferta societății .. fiind câștigătoare, în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 92/86800/18.12....., înregistrată la CNSC sub nr. 52236/18.12....., autoritatea contractantă a transmis copii din dosarul achiziției publice, pe suport hârtie și CD (2000 pagini), iar ulterior, punctul de vedere cu adresa nr. 92/88796/28.12....., înregistrat la CNSC sub nr. 53407/28.12.....

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă, invocând prevederile art. 32 alin. (1) lit. b) din Codul de Procedură Civilă, prevederile art. 59 și art. 151 din același act normativ, solicită admiterea excepției lipsei calității procesuale active și respingerea contestației în discuție, motivat de faptul că, în cadrul procedurii de față, s-a depus ofertă în numele asocierii ..) (actuala asociere .., contestația fiind depusă de .., în al cărui acord de asociere semnat de către cei doi asociați nu este făcută nicio mențiune cu privire la modalitatea de realizare a actelor de procedură în situația utilizării căilor de atac împotriva actelor emise de către autoritatea contractantă, atunci când membrii asocierii doresc să se prevaleze de prevederile legii nr. 101/2016.

Mai mult, .. nu a atașat niciun document la contestația formulată, din care să reiasă că membrii asocierii au consimțit să conteste adresa nr. 13N/6233/04.12.....

Prin urmare, în opinia autorității contractante, autorul contestației de față ar trebui să aibă acordul de voință al tuturor asociaților pentru a realiza demersul formulării contestației, acord ce nu a fost manifestat printr-un înscris.

În continuare, prezentând în format tabelar punctajul obținut de ofertanți în cadrul procedurii, asocierea contestatoare fiind clasată pe locul 1 în clasament, ca urmare a aplicării criteriului de atribuire, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, i-a solicitat acesteia documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecţie.

Aceasta, prin adresa nr. 4715/08.10....., a solicitat extinderea termenului de răspuns, comisia de evaluare prelungind termenul de răspuns la solicitarea de clarificări, până la data de 17.10.....

La o primă analiză a răspunsului primit, comisia de evaluare a constatat că ofertantul asociat ... și-a schimbat denumirea, în .. iar din documentele transmise, comisia de evaluare nu a identificat documente care să demonstreze că ..... (SA) nu se încadrează în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016, solicitându-i prin adresa nr. 1313/5122/29.10..... următoarele: "Având în vedere Cerinţa din fișa de date a achiziţiei cap. III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului: Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor/cerinţelor de calificare se vor prezenta: (...) Comisia de evaluare a solicitat ofertantului prezentarea cazierelor judiciare pentru operatorul economic ..... (SA) și totodată și pentru membrii CONSILIUL DE SUPRAVEGHERE:

-.. - Vicepreşedinte al Consiliului de Supraveghere

-... - membru al Consiliului de Supraveghere

-... - Preşedintele Consiliului de Supraveghere”.

Totodată, pentru îndeplinirea cerinței III), pentru fiecare lot în parte, ofertantul unic/ofertantul asociat/subcontractantul/terțul susținător trebuia să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Din documentele prezentate de asocierea contestatoare, comisia de evaluare a constatat că în cadrul extrasului din Registrul Comerțului nr. 080026348, Capitolul Note, se menționează: "Conform deciziei nr. St-2742/2017 din data de 10 mai ....., Tribunalul Comercial din Zagreb permite încheierea unui acord de pre-faliment între .., Zagreb, Capraăka 6, cod fiscal: 78260296240 şi creditorii participanţi în cadrul procedurii de pre-faliment (este prezentată o listă de 58 de creditori)".

Astfel, potrivit prevederilor art. 204 alin. (1) şi (4) şi art. 239 alin. (1), art. 249 lit. b) şi art. 250 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 31/1990, autoritatea contractantă susține că fuziunea se efectuează în condiţiile modificării actului constitutiv al societăţii şi începe să producă efecte de la momentul înregistrării la Registrul Comerţului, acesta fiind şi momentul la care societatea absorbită încetează să mai existe.

Totodată, potrivit normelor de drept, fuziunea prin absorbţie, dispusă prin încheierea contractului de fuziune, constă în încorporarea patrimoniului unui subiect colectiv de drept, având forţă economică mai mică în patrimoniul unui alt subiect colectiv de drept, având forţă economică mai mare, persoana juridică al cărei patrimoniu se încorporează numindu-se persoană juridică absorbită, iar cea care încorporează, „persoană juridică absorbantă”.

Astfel, analizand acest articol din contractul de fuziune, comisia de evaluare consideră necesară analiza, în ceea ce priveşte respectarea normelor de drept în realizarea acestei fuziuni prin absorbţie, a operatorului economic în timpul derulării procesului de evaluare a ofertei depuse, sens în care, prin adresa nr. 13B/5122/29.10....., a formulat o nouă solicitare de clarificare, lui după cum urmează:

"Având în vedere că:

• în cadrul Formularului DUAE prezentat de .., în Partea III: Motive de excludere - Secţiunea C: Motive legate de insolvenţă, conflict de interese sau abateri profesionale la întrebarea:

Operatorul economic se află în vreuna din următoarele situaţii:

a) Face obiectul unor proceduri de insolvenţă sau de lichidare sau

b) într-o situaţie de administrare judiciară sau

c) într-o situaţie de încetare a activităţii?

.. (SA) a răspuns cu [NU]

Conform deciziei nr St-2742/2017 din data de 10 mai ....., Tribunalul Comercial din Zagreb permite încheierea unui acord de pre-faliment .. (SA) și 58 de creditori (...); Comisia de evaluare solicită ofertantului să clarifice următoarele:

- Dacă la completarea formularului DUAE au fost respectate în integralitate prevederile Legii nr. 98/..... art. 167 alin. (1) lit. h) și i);

- Având în vedere că, la data 10.05....., conform deciziei nr. St-2742/2017, Tribunalul Comercial din Zagreb PERMITE ÎNCHEIEREA UNUI ACORD DE PRE-FALIMENT, comisia de evaluare va solicita documente din care să rezulte că la data termenului limită de depunere a ofertelor (20.02.....) situația juridică a operatorului economic era aceeaşi cu situaţia prezentată la completarea DUAE;

- Totodată, având în vedere prevederile art. 10 din Contractul de fuziune [...] Prin urmare, capitalul social al societăţii absorbante s-a majorat ca urmare a fuziunii şi anume de la suma de 200.000,00 Kune (două sute de mii Kune), adăugându-se suma de 46.791.050.00 kune. Părţile contractante stabilesc de comun acord că, după finalizarea fuziunii, capitalul social al Societăţii absorbante va fi în valoare de 46.991.050,00/.../" comisia de evaluare constatând că capitalul social al firmei absorbante este exact capitalul social ai firmei absorbite, solicită să se clarifice dacă aceasta modificare a avut ca scop doar schimbarea denumirii operatorului economic ...

- Având în vedere că, în Contractul de fuziune, la art. 17, este mentionată o listă de anexe: (...) comisia de evaluare solicita transmiterea acestora.

- Având în vedere prevederile articolului 7 [TRANSFERUL PATRIMONIULUI] din Contractul de fuziune (...) se solicită transmiterea de documente justificative din care să reiasă că au fost întreprinse măsurile de înscriere a transferului tuturor drepturilor Societăţii absorbite către Societatea absorbantă.

De asemenea, pentru îndeplinirea cerinței III.2.3.B) Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului, s-a solicitat asocierii contestatoare, dovada implementării sistemului de management al calității conform SR EN ISO 9001 sau echivalent și SR EN ISO 14001.

Față de solicitările de clarificări mentionate, s-a mai solicitat suplimentar prin adresa nr. 13B/5122/29.10..... și alte clarificări după cum urmează (...) dacă Asocierea nou creată îşi menţine oferta precum și preţul ofertat. Dacă răspunsul va fi unul afirmativ, acesta în mod obligatoriu va trebui să fie insoțit de documente care să justifice că

Asocierea nou înființată îndeplinește criteriile de calificare și selecţie solicitate prin documentaţia de atribuire precum și cerinţele solicitate prin Fișa de date a achiziţiei Cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei - pet 1 - 8".

Urmare a solicitării de clarificări transmise de către Comisia de evaluare, cu adresa nr. 13B/5122/29.10....., ofertantul în discuție a solicitat la rândul ei clarificări cu nr. 5174/05.11..... și implicit o solicitare de prelungire a termenului de răspuns până la data de 13.11....., solicitare cu care atât comisia de evaluare cât și observatorii ANAP au fost de acord.

Ca urmare a răspunsului la solicitarea de la clarificări nr. 13B/5122/29.10..... și la adresa nr. 13B/5367/06.11....., prin care a fost prelungit termenul limită de răspuns stabilit, respectiv până la data de 13.11....., comisia de evaluare, înainte de a parcurge etapa de consemnare a concluziilor cu privire la răspunsul la solicitările de clarificări, a consemnat faptul că, în data de 20.11....., la 7 zile întârziere după termenul limită de răspuns la solicitările de clarificare transmise în data 29.10....., cu termen de răspuns în data de 13.11....., ofertantul a comunicat, prin intermediul poştei electronice (email:office@andnet.ro), adresa nr. 5407/20.11....., înregistrată la CNAIR SA cu nr. 92/80043/ 20.11....., prin care a informat faptul că fişierul care conţine cazierul societății ..... (S.A) și cazierul dlui. .. nu a fost scanat corespunzător, nefiind vizibil.

Comisia de evaluare consemnează faptul că pentru dl. .. cazierul nr. 514-06-02-01-01-18-02/31.10....., Clasa: 740-02/18-03/112240, emis de REPUBLICA CROAŢIA, MINISTERUL JUSTIŢIEI, Direcţia pentru Drept Penal, Departamentul pentru Evidențe Penale a fost încărcat în SEAP până la termenul limită de răspuns.

În ceea ce priveşte cazierul societății ..... (S.A), comisia de evaluare a constatat că acesta NU EXISTA, fiind practic invizibil, explicația/justificarea ofertantului că fişierul nu a fost scanat corespunzător, nefiind vizibil, nefiind reținută de către comisia de evaluare, întrucât un fişier, pentru ca să fie nevizibil, ar fi trebuit să conțină pagini goale/albe.

Or, în cazul de față, autoritatea contractantă supune atenției că fişierul în care se află cazierul d-lui .. conţinea 6 pagini, perfect vizibile. Mai mult, într-un alt fişier din cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare nu se regăseau scanate pagini invizibile/goale.

Astfel, având în vedere aspectele consemnate, adresa nr. 5407/ 20.11....., înregistrată la CNAIR SA cu nr. 92/80043/20.11....., nu a intrat în analiza comisiei de evaluare, întrucât aceasta a fost transmisă cu 7 zile după termenul limită acordat, respectiv în data de 13.11.....

Autoritatea contractantă mai precizează că, ulterior şedinţei de evaluare din data de 04.12....., la 22 zile întârziere după termenul limită de răspuns la solicitările de clarificare transmise în data 29.10....., cu termen de răspuns în data de 13.11....., comisia de evaluare a intrat în posesia unei alte adrese transmise prin intermediul

poştei electronice (email: office@andnet.ro), adresa înregistrată la CNAIR SA cu nr. 92/ 83089/04.12....., prin care contestatoarea a transmis alte documente, respectiv Certificatele ISO 9001 și ISO 14001, care nu fuseseră depuse în termenul limită de răspuns la solicitarea de clarificare transmisă de către comisia de evaluare.

Or, adresa în discuție nu a intrat în analiza comisiei de evaluare, întrucât şedinţa comisiei de evaluare s-a derulat sub supravegherea observatorilor ANAP și se încheiase. Mai mult, adresa a fost transmisă cu o întârziere de 22 de zile după termenul limită de răspuns la solicitările de clarificare și nu se respectau prevederile documentaţiei de atribuire și a legislaţiei incidente în materia achiziţiilor publice.

Revenind la motivele de excludere a ofertei contestatoarei, autoritatea contractantă concluzionează că, în adresa de răspuns, ofertantul nu a transmis documente justificative din care să reiasă că au fost întreprinse demersurile de înscriere a transferului tuturor drepturilor societății absorbite către societatea absorbantă.

În cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 5 Punctul 3 — "Informaţii privind asocierea", ofertantul a transmis un nou contract de asociere din care s-a reținut că la data depunerii ofertei 19.02..... ofertantul care a depus ofertă a fost Asocierea .. - ..). Odată cu depunerea ofertei a fost prezentat și Acordul de asociere nr. 1/07.12.2017, iar din cuprinsul acordului de asociere rezultă că asocierea s-a format pentru participarea la procedura de achiziţiei publică.

Din contractul de asociere nou transmis, cu încheiere de autentificare nr. 1804/22.10....., reiese faptul că la această dată s-a format .. - ..... (SA), în scopul participării la procedura de achiziţiei publică, fără a fi precizat aspecte cu privire la vechea componență a asocierii sau cu privire la modificările privind fuziunea prin absorbţie a celor 2 operatori economici, ... și (.. (SA).

Conform prevederilor Acordului/Contractului de asociere CAPITOLUL V - ÎNCETAREA ACORDULUI DE ASOCIERE *Art. 5. încetarea Acordului de Asociere poate avea loc în următoarele cazuri*: a) neîncheierea, din orice motiv, a Contractului între Asociere și Beneficiar; b) la îndeplinirea în integralitate a obiectului contractului; c) la încetarea de plin drept a Contractului încheiat între Asociere și Beneficiar, în conformitate cu prevederile Contractului.

Astfel, având în vedere documentele depuse de asocierea contestatoare, respectiv acordul de asociere nr. 1/07.12.2017 și Contractul de asociere cu încheiere de autentificare nr. 1804/22.10.....), prevederile acordului/contractului de asociere Art. 5. [încetarea Acordului de Asociere], precum și faptul că în cuprinsul Contractului de asociere cu încheiere de autentificare nr. 1804/22.10..... nu este prezentată nicio precizare cu privire la încetarea valabilității Acordului de asociere nr. 1/ 07.12.2017 și nicio precizare cu privire la vechea componență a asocierii, comisia de evaluare a înțeles că cele 2 documente se află în perioada de valabilitate, iar cele două asocieri, Asocierea .. - ..... (SA) sunt active, în scopul participării la procedura de achiziţie publică în discuție.

S-a mai concluzionat că, în cadrul răspunsului la solicitarea nr. 6, ofertantul nu a transmis cazierul judiciar pentru societatea ..... (S.A), iar în cadrul răspunsului la solicitarea nr. 9 ofertantul a specificat că transmite "conform solicitării [...] certificatele ISO 9001 pentru cei doi membri ai asocierii", însă s-a constatat că ofertantul nu a transmis conform solicitării de clarificare Certificatul corespunzător calității conform SR EN ISO 9001 pentru noul membru al asocierii ..... (SA).

Mai mult decât atât, acesta a transmis un Certificat corespunzător calității conform SR EN ISO 9001, pentru ... (SA), emis la data de 10.10....., societate care, conform documentelor și informaţiilor prezentate, nu mai exista, fiind absorbită prin fuziune de către ..... (SA).

Totodată, din Certificatul nr. QMS 0118-022059, emis la data de 10.10....., cu termen de valabilitate 09.10.2019, rezultă că .. (SA) deţine certificare pentru executarea lucrărilor de construcţie a clădirilor și structurilor, tipul de certificare deţinut neavând corespondent în obiectul contractului aferent procedurii de achiziţie.

Cu privire la afirmaţia ofertantului, conform căreia Certificatul ISO 9001 se regăsește în cadrul propunerii tehnice, autoritatea contractantă susține că în cadrul propunerii tehnice a acestuia este inclus în Planul Calității, Certificatul ISO 9001: 2008 cu nr. HR 17/1666 din 04 mai 2017, cu valabilitate 15.09..... și cu termen stabilit pentru „reauditul” de reatestare 15.07..... De asemenea, tipul de certificare este pentru executarea activităților de proiectare și construcții de clădiri și inginerie civilă.

Or, având în vedere că, la data 01.10....., când au fost solicitate documentele justificate actualizate, Certificatul ISO 9001: 2008 pentru .. (SA) era expirat se impunea obligativitatea transmiterii acestuia actualizat încă de la data 17.10....., când a fost transmis primul set de documente justificative.

Cu toate acestea, comisia de evaluare, prin adresa din 29.10....., a solicitat, punctual, transmiterea Certificatului ISO 9001 pentru membrii .. .., însă acesta a transmis Certificatul ISO 9001 pentru ... (SA) care la data transmiterii răspunsului (13.11.....) nu mai exista din data de 11.10.....

De asemenea, în cadrul răspunsului la solicitarea nr. 10, ofertantul a specificat că transmite certificatele ISO 14001 pentru cei doi membri ai asocierii, însă s-a constatat că nu a fost transmis Certificatul corespunzător calității conform SR EN ISO 14001 pentru noul membru al asocierii ..... (SA). Mai mult, a transmis un Certificat corespunzător protecției mediului conform SR EN ISO 14001, pentru .. (SA) emis la data de 10.10....., societate care, conform documentelor și informațiilor prezentate, nu mai există fiind absorbită prin fuziune de către ..... (SA).

Și, nu în ultimul rând, din Certificatul nr. EMS 01 18-022059, emis la data de 10.10....., cu termen de valabilitate 09.10.2019, rezultă că .. (SA) deţine certificare pentru executarea lucrărilor de construcţie a

clădirilor și structurilor. Tipul de certificare deţinut neavând corespondent în obiectul contractului aferent procedurii de achiziţie.

Contrar afirmației contestatoarei, conform căreia Certificatul ISO 14001 se regăseşte în cadrul propunerii tehnice, autoritatea contractantă susține că acesta a inclus în Planul Calității, Certificatul ISO 14001:2008 cu nr. HR17/1665 din 04 mai 2017, cu valabilitate 15.09..... și termen stabilit pentru auditul de reatestare 15.07....., iar tipul de certificare deținut este pentru executarea activităților de proiectare și construcții de clădiri și inginerie civilă. Or, la data de 01.10..... când au fost solicitate documentele justificative actualizate, Certificatul ISO 14001:2008 pentru ... (SA) era expirat, se impunea obligativitatea transmiterii acestuia actualizat încă de la data 17.10..... când a fost transmis primul set de documente justificative. Cu toate acestea, comisia de evaluare, prin adresa din 29.10....., a solicitat punctual transmiterea Certificatului ISO 14001 pentru membrii .. .., ofertantul a transmis Certificatul ISO 14001 pentru .. (SA) care la data transmiterii răspunsului (13.11.....) nici măcar nu mai exista, încă de la data 11.10.....

În continuare, autoritatea contractantă arată că, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare a concluzionat că .. (SA) nu a putut confirma informațiile furnizate la nivelul Formularului DUAE în ceea ce privește încadrarea sau nu în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 lit. b) și h) din același act normativ, întrucât din interpretarea celor două documente, formularul DUAE și Acordul de pre-faliment – interpretarea juridică, sunt prezentate informații contrare. Astfel, în formularul DUAE ofertantul a declarat că NU se află în vreuna din situațiile de insolvență sau de lichidare, nici nu se află într-o situație de administrare judiciară sau într-o situație de încetare a activității, iar în acordul de pre-faliment – interpretare juridică, este precizat că procedura de acord de pre-faliment a societății ... (SA) a durat începând cu data de 09.09.2014 până la data de 05.10..... iar datoriile care au apărut înainte de inițierea procedurii de acord de pre-faliment se vor achita conform unui plan de rambursare întocmit în baza procedurii de acord de pre-faliment.

Or, având în vedere că la data completării formularului DUAE 19.02....., ... (SA) se afla în procedura de pre-faliment/insolvență care a declinat către o stare de lichidare/încetare a activității, iar conform informațiilor existente în cadrul Certificatului fiscal societatea are o datorie în valoare de 1.348.741,67 kune croate, rezultă că operatorul economic prin informațiile prezentate nu a fost în măsură să prezinte documente din care să rezulte că la data depunerii ofertei NU se afla în vreuna din situațiile de insolvență sau de lichidare sau într-o situație de administrare judiciară sau într-o situație de încetare a activității.

În ceea ce privește interpretarea juridică expusă în cadrul Acordului de pre-faliment, respectiv "[...] participarea în procedură de pre-faliment nu creează nici un obstacol pentru participarea la achiziții publice,

inclusiv cele finanțate din fondurile UE", autoritatea contractantă precizează că, întrucât proiectul este finanțat din Fonduri Europene Nerambursabile prin facilitatea Programului Operaţional Infrastructura Mare 2014-2020 devin aplicabile și obligatorii prevederile Regulamentului (UE. Euratom) ...../1046 AL PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI AL CONSILIULUI din 18 iulie ..... privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii, de modificare a Regulamentelor (UE) nr. 1296/2013, (UE) nr. 1301/2013, (UE) nr. 1303/2013. (UE) nr. 1304/2013, (UE) nr. 1309/2013, (UE) nr. 1316/2013, (UE) nr.223/2014, (UE) nr.283/2014 şi a Deciziei nr. 541/2014/UE şi de abrogare a Regulamentului (UE, Euratom) nr. 966/2012.

Astfel, în conformitate cu Articolul 106 [Tratamentul naţional al creanţelor deţinute de Uniune] în cazul unor proceduri, de insolvenţă, creanţele deţinute de Uniune beneficiază de acelaşi tratament preferenţial ca şi creanţele de aceeaşi natură deţinute de organisme publice din statele membre în care se desfăşoară procedurile de recuperare.

În conformitate cu prevederile Regulamentului (UE, Euratom) ...../1046 al Parlamentului European şi al Consiliului din 18 iulie ..... privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii art. 136 [Criterii de excludere şi decizii privind excluderea] alin. (1) Ordonatorul de credite competent exclude o persoană sau o entitate menţionată la articolul 135 alineatul (2) de la participarea la procedurile de atribuire reglementate de prezentul regulament sau de la selectarea pentru execuţia de fonduri ale Uniunii, atunci când persoana sau entitatea respectivă se află în una sau mai multe din următoarele situaţii de excludere:

(a) persoana sau entitatea este în stare de faliment, în situaţie de insolvenţă sau de lichidare, activele sale sunt administrate de un lichidator sau de o instanţă, se află în stare de concordat preventiv, de suspendare a activităţii sau în orice altă situaţie similară care rezultă în urma unei proceduri similare prevăzute în dreptul Uniunii sau în dreptul intern:

- art. 139 [Durata excluderii şi termenul de prescripţiei O persoană sau o entitate menţionată la articolul 135 alineatul (2) este exclusă atât timp cât se află într-una dintre situaţiile de excludere menţionate la articolul 136 alineatul (1) literele (a) şi (b).

Totodată, conform articolul 282 [Intrare în vigoare și aplicare] - Regulamentul are aplicabilitate generală. Acesta este obligatoriu în toate elementele sale şi se aplică direct, în fiecare stat membru.

Or, în înțelegerea comisiei de evaluare, punctul de vedere exprimat în cadrul Acordului de pre-faliment NU RESPECTĂ prevederile Regulamentului (UE, Euratom) ...../1046 al Parlamentului European şi al Consiliului din 18 iulie ..... privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii.

Prin urmare, în raport cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016, precum și prevederile art. 193 alin. (1) din actul menționat anterior și în conformitate cu informaţiile și documentele prezentate de

către Asocierea ... (S.A)) rezultă că sunt incidente prevederile art. 167 alin (1) lit. i) și h) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care oferta contestatoarei a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) coroborat cu prevederile art. 209 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 și a prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În continuare, autoritatea contractantă mai arată că s-a făcut o analiză suplimentară (de către comisia de evaluare) la adresa www.zse.hr unde este prezentată situația financiară a tuturor operatorilor economici din Croația, inclusiv a ... (SA), din balanța căreia rezultă că, la data de 30.09.2017, aceasta are creanțe asupra angajaților și membrilor întreprinderii (poz. 047) o datorie de 20.710 kune croate și creanțe asupra instituțiilor de stat și altor instituții (poz. 048) o datorie de 72.564 kune croate, obligații la angajați (poz 101) o datorie de 22.301.093 de kune croate, obligații pentru impozite, contribuții și beneficii similare (poz 102) o datorie de 1.370.174 de kune croate.

În cadrul Balanţei, este menționată și o analiză efectuată de un auditor special, conform căreia: "În al treilea trimestru din 2017 ... a avut un ..... financiar negativ. Veniturile totale au însumat 44.104.09 HRK, iar cheltuielile totale s-au ridicat la 60.334.549 HRK, în primele trei trimestre, pierderea a fost de 37.753.321 HRK. Comparativ cu aceeaşi perioadă a anului precedent, creşterea veniturilor din afaceri a fost de 49,84%, în timp ce cheltuielile de exploatare au scăzut cu 33%.

Activele circulante, la data de 30.09.2017 (63.993.878 HRK la 31 decembrie 2016), din care 22.553.804 HRK se referă la creanţe pe termen scurt față de clienţi, HRK 5,232,224 pentru creanţele de stat și alte instituţii, iar rezervele se ridică la 19.956.233 HRK.

De asemenea, arată autoritatea contractantă că societatea în discuție avea datorii pe termen scurt la data de 30.09.2017, sume HRK 379.918.143 (31.12.2016 s-a ridicat HRK 365.100.932), din care HRK 228.186.670 pe şi datorii 64841532 HRK preplată scurte. Din totalul pasivelor pe termen scurt, angajamentele înainte de pre-decontare se referă la 160.902.393 kune, şi după adoptarea pre-decontare majoritatea obligaţiilor care urmează să fie scoase din uz în timp ce datoria rămasă este clasificată ca datorii pe termen lung.

Politicile contabile au rămas neschimbate faţă de perioada contabilă anterioară.

În conformitate cu articolul 410 alineatul (2) şi articolul 407 alineatul (2) din Actul privind piaţa de capital, Consiliul de administraţie al societăţii ..., CapraSka 6, declară și confirmă responsabilitatea pentru o expunere realistă și obiectivă a celor financiare pe nouă luni, 01.01.2017-30.09.2017, în conformitate cu legea privind contabilitatea și standardele internaționale de raportare financiară, precum și cu divulgarea corespunzătoare a tuturor informațiilor în conformitate cu legea și standardele menționate.

Prin urmare, se confirmă că ... (SA), la data depunerii ofertei (19.02.....), înregistra datorii la bugetul statului, datorii față de angajații societății, precum și datorie față de creditori, în cuantum de

365.100.932 de kune croate, iar capitalul societății era de doar 46.791.050 kune croate.

Totodată, în cadrul aceluiași document oficial (Situatia financiară - (Balanţa ..S.A) la data 30.09.2017, .., director Consiliul de administraţie, declara următoarele:

"*Începând cu data de 9 septembrie 2014, Compania a fost în proces de decontare pre-aderare, a redus semnificativ posibilitatea de a furniza surse externe de finanţare. La 11 iulie 2017, Planul de restructurare financiară şi operaţională a adoptat procedura de tranzacţionare înainte de tranzacţionare în faţa Agenţiei Financiare. Planul a fost sprijinit de creditorii care fac 79.12% din toate creanţele. Conducerea Companiei se aşteaptă ca procesul de decontare înainte de aderare să fie finalizat pe parcursul anului 2017".*

Astfel, s-a demonstrat conform informațiilor și documentelor prezentate de către asocierea contestatoare precum și din documentele publice disponibile la adresa www.zse.hr, incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare efectuând a analiză a ofertei cu respectarea în integralitate a prevederilor documentației de atribuire și a legislației incidente în materia achizițiilor publice, precum și a principiilor care stau la baza derulării procesului de achiziției, cu aplicarea tratamentului egal tuturor ofertanților.

În finalul punctului de vedere, autoritatea contractantă mai menționează că, fiecare secţiune dedicată DUAE cuprinde situaţii de excludere distincte, prevăzute de art. 164, 165 şi 167 din Legea nr. 98/2016. Prin urmare, completarea corectă a declarației pe proprie răspundere cu privire la o parte dintre motivele de excludere în sensul declarării că operatorul economic nu se află în respectivele situaţii de excludere nu presupune, implicit, că nu se află în nici una dintre celelalte situaţii de excludere pentru care a declarat că nu se află în acele situații sau pentru care a prezentat declaraţii aparent eronate.

Pentru motivele expuse în punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei depusă de ..., ca inadmisibilă, nefondată și neîntemeiată.

În drept, se invocă, dispoziţiile Legii nr. 98/2016, dispoziţiile HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, dispoziţiile Legii nr. 101/2016 și orice alte dispoziţii legale incidente în cauză.

Prin adresa nr. 52328/...../..... din 19.12..... și cu revenire în 28.12....., 11.01.2019 și 14.01.2019, Consiliul a solicitat .. listingul cu toate documentele încărcate în SEAP de către ..., în cadrul procedurii, după data de 01.10.....

Ulterior, prin adresa nr. 2/03.01.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 62/03.01....., contestatoarea a transmis un răspuns la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, prin care solicită decăderea autorității contractante din dreptul de a mai formula apărări, de a invoca excepții sau de a propune probe, în temeiul dispozițiilor art. 18 din Legea nr. 101/2016 și neluarea în considerare a punctului de vedere.

Invocând prevederile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea supune atenției că dosarul achiziției publice a fost transmis la 5 zile după depunerea contestației sale, însă punctul de vedere a fost transmis după 15 zile de la data primirii contestației, devenind astfel incidente prevederile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă fiind decăzută din dreptul de a invoca excepții pe care contestatoarea le apreciază netemeinice, nefondate și nelegale.

Mai precizează contestatoarea că, în ipoteza în care Consiliul ar aprecia că prevederile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 nu ar fi aplicabile, excepția lipsei calității procesuale active trebuie respinsă ca netemeinică, nelegală și nefondată, întrucât potrivit legii oricare dintre membrii asocierii are dreptul de a formula contestație.

Astfel, având în vedere termenele prevăzute de Legea nr. 101/2016 și complexitatea procedurii de atribuire, perioada sărbătorilor de iarnă, volumul mare de documente, principiul constituțional al accesului la un proces echitabil și principiul egalității între părți, contestatoarea consideră că termenul limită pentru depunerea concluziilor scrise să fie similar termenelor limită impuse de legea amintită, pentru ca autoritatea contractantă să-și îndeplinească obligațiile.

Prin urmare, contestatoarea solicită acordarea unui termen de 3 zile lucrătoare pentru depunerea de concluzii scrise, cu respectarea principiului dreptului la apărare și al egalității de arme, apreciind că termenul pentru depunerea acestora ar trebuie să fie cel puțin similar cu alte termene similare reglementate de Legea nr. 101/2016.

Ulterior, prin adresa nr. 25/07.01.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 504/07.01.2019, contestatoarea a formulat concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului achiziției publice la sediul CNSC, solicitând pe această cale neluarea în considerare a punctului de vedere al CNAIR, înregistrat la CNSC sub nr. 53407/28.12....., având în vedere decăderea acesteia din dreptul de a mai formula apărări sau de a propune probe, în temeiul dispozițiilor art. 18 din Legea nr. 101/2016, respingerea excepțiilor invocate, ca netemeinice, nelegale și nefondate. De asemenea, se solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată, anularea actului atacat, a părții relevante din raportul procedurii, precum și a tuturor deciziilor și actelor incidente, anterioare și subsecvente, obligarea autorității contractante la reluarea verificării tuturor documentelor justificative transmise de societatea sa, cu constatarea caracterului admisibil al ofertei sale.

Referitor la excepția lipsei calității procesuale active, invocate de autoritatea contractantă, contestatoarea supune atenției că, în raport cu prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, oricare dintre membrii unei asocieri poate să formuleze în mod legal contestație fără îndeplinirea altor condiții.

Aşa cum rezultă din documentele existente la dosar, societatea .. este liderul Asocierii .. - ..... în această calitate, societatea C..a formulat în mod legal contestaţia ce face obiectul dosarului în cauză.

Prin urmare, se solicită de către contestatoare respingerea excepției lipsei calităţii procesuale active şi a lipsei calităţii de reprezentant - invocate de către CNAIR - ca fiind netemeinice, nelegale şi nefondate.

În continuare, contestatoarea amintește aspecte privind derularea procedurii de evaluare, din cadrul procesului de evaluare nr. 12, din care rezultă că doi membri ai comisiei de evaluare, au avut un punct de vedere diferit față de cel al celorlalți membrii, cu privire la îndeplinirea cerințelor de calificare și anume:

a) "ar trebui clarificată situatia juridică - pre-falimentul nu înseamnă nici insolvența nici falimentul, pe cale de consecinţă consider că nu este un element care să conducă la excluderea acestuia"; „Consider că trebuie solicitat orice document care să clarifice îndeplinirea sau neîndeplinirea cerințelor de calificare, orice clarificare suplimentară solicitată nereprezentând un avantaj creat ofertantului deoarece acesta se afla clasat pe primul loc și a fost declarat câștigător"; (extras din punctul de vedere al lui .. - preşedintele comisiei)

b) „... Faptul că sunt cerute mai multe rânduri de clarificări în această situație nu consider că reprezintă crearea unui avantaj (nu ne aflăm în etapele de evaluare anterioare când se solicitau clarificări la mai mulţi ofertanți) deoarece scopul clarificărilor este de a clarifica toate situațiile menționate în Procesul Verbal nr. 12, înainte de a lua o decizie cu privire la ofertantul clasat pe primul loc ..." (extras din punctul de vedere al lui Munteanu Mihai – membru comisie).

Prin faptul că o parte a comisiei nu a dorit prelungirea termenului pentru depunerea Certificatului Constatator emis de Tribunalul din Zagreb, având în vedere că data de emitere a acestui document nu era influențată de o acțiune sau inacțiune a asocierii, nici clarificarea celorlalte aspecte care au dus la încadrarea ofertei ca nefiind admisibilă și nici nu a dorit să ia în considerare punctul de vedere al propriilor membrii, contestatoarea consideră că au fost încălcate prevederile art. 2 din Legea nr. 98/2016 referitoare la principiile nediscriminării și tratamentului egal.

Contestatoarea mai arată că procesul-verbal nr. 11, înregistrat sub nr. 13B/5121/29.10....., a fost semnat de către toți membrii comisiei, iar solicitarea de clarificări rezultată în urma analizei comisiei înregistrată cu nr. 13B/5122/29.10....., a fost semnată de 5 membrii din cei 7 ai comisiei și nu de președintele comisiei așa cum au fost semnate toate celelalte solicitări de clarificare.

Referitor la presupusa insolvență a firmei ..., contestatoarea amintește că societatea în cauză se află într-o procedură care nu are legătură cu insolvența, falimentul, lichidarea sau reorganizarea judiciară și care poartă denumirea de *predstečajni postupak.* Astfel, trebuie ținut cont de Regulamentul European privind procedurile de insolvență în țările membre UE, deși o parte a comisiei de evaluare a refuzat să ia în considerare prevederile acestui regulament, care stabilește pentru fiecare țară care sunt procedurile din țara respectivă asimilate insolvenței/lichidării/falimentului.

De altfel, așa cum a prezentat și ... în declarația sa, legea falimentului acoperă procedurile de insolvență, faliment, reorganizare judiciară, concordat preventiv, lichidare.

Mai precizează contestatoarea că, în timpul procedurii de pre-faliment/predstecajne, firma este condusă de managementul acesteia și nu de unul impus de o Autoritate externă, respectiv de un administrator special/judiciar, etc.

Întrucât, în data de 15.05....., Tribunalul din Zagreb a constatat încheierea cu succes a procedurii de „predstecajni", se poate constata și din Extrasele de la Registrul Comerțului pentru compania ..., managementul companiei a rămas acelaşi și după decizia Tribunalului din Zagreb de constatare a procedurii „predstecajni".

De reținut este că în Regulamentul European 2015/848 referitor la procedurile de insolvență, la punctul 9 din preambul, se menționează:

Cu privire la o procedură naţională din anexa A, prezentul regulament ar trebui să se aplice fără nicio examinare suplimentară de către o instanţă dintr-un alt stat membru cu privire la îndeplinirea condiţiilor prevăzute în prezentul regulament. Procedurile naţionale de insolvenţă care nu figurează pe lista din anexa A ar trebui să nu intre în domeniul de aplicare al prezentului regulament.

Or, o parte a comisiei de evaluare nu a dorit să ia în considerare toate aceste aspecte prezentate și nici punctul de vedere exprimat de 2 dintre membrii săi preferând alegaţiile privind așa-zisa insolvență a firmei ...

Concluzionând, petenta susține că .., nici la momentul depunerii ofertei și nici ulterior nu s-a aflat în procedura de insolvență / reorganizare judiciară / lichidare / faliment / concordat preventiv.

Referitor la modul de completare a DUAE, contestatoarea susține că acesta a fost completat corect, asociatul .. neavând datorii la bugetul de stat/bugetele locale și nu se află în procedura de insolvență / reorganizare judiciară / lichidare / faliment / concordat preventiv.

În ceea ce privește faptul că nu a transmis documentele justificative din care să reiasă că au fost întreprinse demersurile privind înscrierea transferului tuturor drepturilor societății absorbite către societatea absorbantă, contestatoarea precizează că a transmis autorității contractante Contractul de fuziune, cu toate anexele sale.

Astfel, întrucât transferului efectiv al tuturor drepturilor societății absorbite către societatea absorbantă se realizează în urma înregistrării fuziunii la Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul din Zagreb, a solicitat comisiei de evaluare prelungirea termenului de depunere a Certificatului Constatator ce consfințește fuziunea, având în vedere termenul la care Tribunalul din Zagreb va emite documentul, aceasta, în fapt, nu a fost de acord, motivația comisiei, așa cum este prezentată în Procesul Verbal nr. 12 (pag.6/32), a fost una puerilă.

Refuzul de a prelungi termenul de depunere a documentului amintit, în opinia contestatoarei, a creat condiții artificiale, discriminatorii, care au condus la concluzia eronată, că oferta sa nu este admisibilă.

Referitor la valabilitatea concomitentă a acordului de asociere, respectiv a contractului de asociere, se menționează de contestatoare că acordul de asociere dintre ...este perfect valid, pe când acordul de Asociere dintre ... a devenit fără obiect datorită fuziunii celor două companii.

În ceea ce privește certificatul .., contestatoarea presupune că dintr-o eroare tehnică, cazierul judiciar al companiei ... nu s-a încărcat odată cu documentele transmise către CNAIR în data de 13.11.....

Ulterior, observând că o parte din documentele scanate și încărcate nu apar în fişier, a retransmis documentul în conformitate cu art. 63 din HG nr. 395/2016, în data de 20.11....., prin adresa nr. 5407/ 20.11....., cu rugămintea ca autoritatea contractantă să deschidă canalul de comunicare online.

După cum se poate observa Cazierul Judiciar a fost emis și tradus în 12.11....., el fiind disponibil în data de 13.11..... pentru transmitere către autoritatea contractantă.

Referitor la certificatele ISO 9001 și ISO 14001, așa cum susține și în cadrul contestației, contestatoarea amintește că acestea au fost transmise în data de 13.11..... pentru societățile .. și ... au fost emise în data de 10.10....., în urma auditului efectuat începând cu luna august .....

La data depunerii răspunsului (13.11.....), certificatele ISO 9001 și ISO 14001, emise pentru societatea .. d.d. erau perfect valabile. Ulterior, ca efect al fuziunii, începând cu data de 20.11....., toate drepturile şi obligaţiile societăţii .. d.d., inclusiv toate certificările şi autorizările acesteia, au fost preluate de către societatea absorbantă - .....

Ulterior, societatea de audit a emis certificatele amintite, cu același număr și în baza aceluiași raport de audit, pentru societatea .. imediat după emiterea Certificatului Constatator de către registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul din Zagreb, fiind transmise autorității contractante prin fax și e-mail, solicitând acesteia să deschidă și canalul on-line de comunicare, însă nu a primit niciun răspuns.

Cu privire la punctul de vedere al autorității contractante, contestatoarea apreciază că acesta nu trebuie luat în considerare, întrucât acesta a fost transmis la 15 zile de la data primirii contestației, devenind astfel incidente prevederile art. 18 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, se apreciază de contestatoarea că excepțiile invocate de autoritatea contractantă trebuie respinse ca netemeinice, nelegale și nefondate, întrucât potrivit legii oricare dintre membrii asocierii are dreptul de a formula contestație.

Pentru motivele prezentate, se solicită de către petentă neluarea în considerare a punctului de vedere al CNAIR, înregistrat la CNSC sub nr. 53407/28.12....., având în vedere decăderea acesteia din dreptul de a mai formula apărări sau de a propune probe, în temeiul dispozițiilor art. 18 din Legea nr. 101/2016, respingerea excepțiilor invocate, ca netemeinice, nelegale și nefondate. De asemenea, admiterea contestației

așa cum a fost formulată, anularea actului atacat, a părții relevante din raportul procedurii, precum și a tuturor deciziilor și actelor incidente, anterioare și subsecvente, obligarea autorității contractante la reluarea verificării tuturor documentelor justificative transmise de societatea sa, cu constatarea caracterului admisibil al ofertei sale.

Prin adresa nr. 1322/14.01.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 1647/....., ... a răspuns la solicitarea Consiliului.

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

În vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „..... LOT 1", LOT 1, ... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..... din 23.08.2017 și a documentației de atribuire.

Împotriva rezultatului procedurii, aferent lotului 1, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 13B/6233/04.12....., asocierea ..., a înaintat prezenta contestație (cu îndeplinirea procedurii stabilite la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, de depunere a cauțiunii, prin Recipisa de consemnare nr. 205106716/1 din ....., în valoare de 880.000,00 lei, emisă de Raiffeisen Bank – Sucursala .....), solicitând .....

Văzând excepțiile invocate în speță, Consiliul dă întâietate analizei acestora, conform obligației rezultând din dispozițiile alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016: *Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.*

Referitor la excepția invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere și împotriva căreia contestatoarea a cerut respingerea ei, având în vedere tardivitatea punctului de vedere pentru nerespectarea termenului de la art. 18 alin. (1) și (3) din Legea nr. 101/2016, Consiliul are în vedere că lipsa punctului de vedere conduce la decăderea autorității contractante din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții. Or, în cazul de față, punctul de vedere există la momentul soluționării cauzeui, deși este depus cu depășirea termenului de 5 zile.

Astfel, analizând excepția invocată de autoritatea contractantă referitoare la lipsa calității procesuale active a contestatoarei, Consiliul urmează să o respingă. În acest sens, verificând legalitatea demersului .. de a contesta, în nume propriu, decizia de respingere a ofertei asocierii .. – ..... (SA) din cadrul procedurii, Consiliul reține că, potrivit dispozițiilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, „oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege".

Totodată, dispozițiile art. 2 alin. (1), coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, asigură dreptul de a sesiza Consiliului încălcarea unei reguli din legislația specifică, pentru „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim

printr-un act al unei autorităţi contractante ...", iar calitatea de „persoană care se consideră vătămată" o are „orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice ...". Coroborând aceste dispoziții cu cele din Codul de procedură civilă, ce stabilesc regimul interesului de a promova o acțiune: Art. 32: „(1) Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia: a) are capacitate procesuală, în condiţiile legii; b) are calitate procesuală; c) formulează o pretenţie; d) justifică un interes. (2) Dispoziţiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, şi în cazul apărărilor" și Art. 33: „Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual", Consiliul consideră că autoarea contestației dovedește interesul necesar formulării acesteia.

Prin urmare, contrar opiniei autorității contractante, Consiliul constată că voința legiuitorului a fost aceea ca oricare dintre membrii unei asocieri să poată formula orice cale de atac, nefiind condiționat în niciun fel dreptul unui asociat în acest sens. În acest context, afirmația autorității contractante, potrivit căreia, autoarea contestației ar trebui să aibă acordul de voință al tuturor asociaților, nu poate fi primită, fiind contrară dispozițiilor legale evocate.

Analizând fondul cauzei, Consiliul constată că, potrivit dispozițiilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ca urmare a finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei-ofertantului clasat pe primul loc, să depună documentele de calificare care confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare, în sensul declarat în DUAE, respectiv:

- prin adresa nr. 13B/4489/01.10....., autoritatea contractantă a solicitat Asocierii .. (SA), următoarele: „în urma finalizării fazei de verificare a propunerii financiare oferta depusă de dvs este declarată admisibilă potrivit art 137 alin. (4) din HG nr. 395/2016, iar după aplicarea criteriului de atribuire cel mai bun raport calitate preț aceasta se află clasată pe primul loc ... vă solicităm să prezentați documente justificative actualizate prin care să demonstrați îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE prezentate cât și în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. termenul de transmitere a răspunsurilor și/sau a documentelor la clarificările solicitate mai sus este până cel târziu 10.10..... ...";

- la această solicitare, prin adresa nr. 4715/08.10....., SC .. a solicitat prelungirea perioadei de răspuns până la data de 17.10.....: „având în vedere volumul mare de documente ce trebuie transmis de către ofertant precum și faptul că unul dintre membrii asocierii, precum și o parte dintre subcontractanți sunt companii din afara României, iar documentele justificative actualizate trebuie traduse, rugăm să aveți amabilitatea de a prelungi perioada de răspuns până la data 17.10.....";

- potrivit adresei de răspuns nr. 13B/4652/08.10....., autoritatea contractantă a acceptat solicitarea și a prelungit termenul de răspuns până la data de 17.10.....: „... vă informăm că termenul de răspuns la solicitarea de clarificări a fost prelungit până la data de 17.10..... ...”;

- prin adresa nr. 4889/17.10....., ..a transmis următorul răspuns: „1. Cu privire la membrul asocierii ... La data de 11 Octombrie ..... a avut loc o fuziune între companiile din grupul din care face parte unul dintre membri asocierii respectiv .. Astfel, compania ..... a fuzionat prin absorbție cu ... În cadrul procesului de fuziune, detaliat în contractul de fuziune încărcat, ... a preluat toate drepturile și obligațiile .. Articolul nr. 221 din Legea 98/..... prevede următoarele: (1) Contractele de achiziție publică/Acordurile-cadru pot fi modificate, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, în următoarele situații: (...) d) atunci când contractantul cu care autoritatea contractantă a încheiat iniţial achiziţie publică/acordul-cadru este înlocuit de un nou contractant, în una dintre următoarele situaţii: (i) ca urmare a unei clauze de revizuire sau a unei opţiuni stabilite de autoritatea contractantă a) şi alin. (2); (ii) drepturile şi obligaţiile contractantului iniţial rezultate din contractul de achiziţie publică/acordul-cadru sunt preluate, ca urmare a unei succesiuni universale sau cu titlu universal în cadrul unui proces de reorganizare, inclusiv prin fuziune sau divizare, de către un alt operator economic care îndeplineşte criteriile de calificare şi selecţie stabilite iniţial, cu condiţia ca această modificare să nu presupună alte modificări substanţiale ale contractului de achiziţie publică/acordului-cadru şi să nu se realizeze cu scopul de a eluda aplicarea procedurilor de atribuire prevăzute de prezenta lege; Totodată, dorim să precizăm că persoanele din conducerea noii societăți sunt aceleași precum în cazul .. D.D, iar în cadrul documentelor încărcate odată cu acest răspuns se regăsesc și documentele relevante ale acestora, respectiv cazierele judiciare. 2. Cu privire la echipamente. Ofertantul a transmis documentele necesare privind echipamentele, în conformitate cu cerințele documentației de atribuire ... Astfel, la acest moment certificatele de înmatriculare nu se găsesc în termenul de validitate, urmând a fi înregistrate pentru utilizare pe drumurile publice la momentul mobilizării” și a atașat copia tradusă a contractului de fuziune prin absorbție dintre societatea absorbită ... d.d. (SA) și societatea absorbantă ..... (SA) din 11.10.....;

- ulterior, prin adresa nr. 13B/5122/29.10....., autoritatea contractantă a revenit cu noi solicitări de clarificări: „1. Comisia de evaluare solicită să se prezinte cazierele judiciare actualizate ... 2. Comisia de evaluare solicită ofertantului să clarifice dacă la completarea formularului DUAE au fost respectate în integralitate prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea 98/2016 ... 3. Având în vedere că în contractul de fuziune la art. 17 este menționată o listă de anexe ... și că aceste documente sunt parte integrantă din contractul de fuziune, pentru o analiză completă și corectă, comisia de evaluare solicită transmiterea acestora. 4. ... comisia de evaluare solicită transmiterea de documente

justificative din care să reiasă că au fost întreprinse măsurile de înscriere a transferului tuturor drepturilor societății absorbite către societatea absorbantă. 5. ... se impune solicitarea comunicării dacă asocierea nou creată își menține oferta precum și prețul ofertat. Dacă răspunsul va fi unul afirmativ, acesta în mod obligatoriu va trebui să fie însoțit de documente care să justifice că asocierea nou înființată îndeplinește criteriile de calificare și selecție solicitate prin documentația de atribuire precum și cerințele solicitate prin fișa de date a achiziției cap. IV.4.3) modul de prezentare a ofertei-pct. 1-8. Referitor la documentele justificative prezentate de către dvs în urma analizării acestora, comisia de evaluare consideră necesare următoarele clarificări: 6. comisia de evaluare nu a identificat documente care să demonstreze că ..... (SA) nu se încadrează în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016 ... comisia de evaluare solicită ofertantului prezentarea cazierelor judiciare pentru operatorul economic ..... (SA) și totodată și pentru membrii Consiliului de supraveghere ... 7. comisia de evaluare nu a identificat documente care să demonstreze că membrii Consiliului de supraveghere al terțului susținător .. nu se încadrează în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016 ... 9. Comisia de evaluare nu a identificat în documentele prezentate informații/dovezi/documente care să confirme asigurarea unui nivel corespunzător calității conform SR EN ISO 9001, sau echivalent cu cel solicitat prin documentația de atribuire, pentru niciunul dintre membrii asocierii ... 10. Comisia de evaluare nu a identificat în documentele prezentate informații/dovezi/documente care să confirme asigurarea unui nivel corespunzător calității conform SR EN ISO 14001, sau echivalent cu cel solicitat prin documentația de atribuire, pentru niciunul dintre membrii asocierii ... termenul pentru transmiterea răspunsurilor la clarificări și a documentelor solicitate este până la data de 08.11.....";

- la această adresă, ... a transmis adresa nr. 5174/05.11....., prin care a solicitat următoarele: „referitor la solicitările de clarificare transmise prin scrisoarea nr. 13B/5122/29.10....., pentru a vă putea transmite răspunsuri concludente solicitărilor dumneavoastră, vă rugăm să ne clarificați următoarele ... având în vedere cele de mai sus, vă rugăm să aveți amabilitatea să prelungiți termenul de răspuns la solicitarea dvs de clarificări cu 10 zile, calculate de la primirea răspunsului dv la cererile de clarificare solicitate de ofertant";

- la aceste solicitări, autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 13B/5367/06.11..... la cererile contestatoarei, astfel: „... termenul pentru transmiterea răspunsurilor la clarificări și a documentelor solicitate este până la data de 13.11.....";

- prin adresa nr. 5312/13.11....., ... a transmis următorul răspuns: „1. Vă transmitem prin prezenta cazierele judiciare actualizate pentru ofertantul .. ... 2.1 Dorim să facem anumite precizări privind legea Croată în materie de insolvență ... 2.2 ... vă transmitem declarația pe proprie răspundere a administratorului societății ..... (SA) din care rezultă că la depunerea ofertei situația juridică a ofertantului asociat era aceeași cu cea prezentată în DUAE, respectiv nu se află în vreuna din

situațiile prezentate la cap. III Motive de excludere, punctul C din DUAE ... 2.3 ... Așa cum a fost menționat și în răspunsul precedent al ofertantului, scopul fuziunii a fost cel al consolidării din punct de vedere tehnic și economic și nicidecum o simplă schimbare a denumirii operatorului economic ... 3. Având în vedere solicitarea dumneavoastră vă transmitem următoarele: situațiile financiare auditate ale societății absorbite; lista acționarilor societății absorbite; lista acționarilor societății absorbante; extras din registrul comerțului al societății absorbite; axtras din registrul comerțului al societății absorbante ... 4. Având în vedere prevederile legislative croate, certificatul constatator care demonstrează înscrierea transferului drepturilor societății absorbite către societatea absorbantă va fi emis în data de 15.11..... ... să dispuneți prelungirea termenului de depunere a acestui document până în data de 19.11..... 5. Asocierea .. – ..... își menține oferta precum și prețul ofertat ... 6. Vă transmitem cazierele judiciare pentru societatea ... (SA) precum și pentru cei trei membri ai consiliului de supraveghere al acesteia. 7. Având în vedere solicitarea dumneavoastră, vă transmitem caziere judiciare pentru membrii consiliului de supraveghere al subcontractantului/terțul susținător .. 8. Vă înaintăm cazierul judiciar pentru administratorul judiciar ... 9. Vă înaintăm conform solicitării dumneavoastră certificatele ISO 9001 pentru cei doi membri ai asocierii. Dorim să precizăm că acestea au fost depuse și în cadrul ofertei tehnice, la cap. privind planul calității, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. 10. Vă înaintăm conform solicitării dumneavoastră certificatele ISO 14001 pentru cei doi membri ai asocierii. Dorim să precizăm că acestea au fost depuse și în cadrul ofertei tehnice, la cap. privind planul calității, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire”;

- prin adresa nr. 5407/20.11....., ... precizează că „documentul scanat conținând cazierul judiciar al domnului ... și al societății ..... nu a fost scanat corespunzător, ultimele pagini nefiind vizibile. Vă retransmitem respectivul document, ce conține ambele caziere judiciare. Având în vedere că procedura de atribuire este electronică, în acest moment canalul de comunicare electronică este închis, de aceea vă transmitem documentul pe fax. În situația în care doriți transmiterea documentului și prin mijloace electronice, vă rugăm să redeschideți canalul de comunicare electronică”;

- ulterior, prin adresa nr. 5590/29.11....., ... a transmis următoarele: „având în vedere că nu ați dat niciun răspuns la cererea noastră de prelungire a termenului de depunere a certificatului constatator emis în urma fuziunii prin absorbție a companiilor .. suntem nevoiți să vă transmitem pe fax și e-mail documentul solicitat. Totodată, vă retransmitem documentele care atestă existența ISO 9001 și ISO 14001 pentru compania .... Referitor la pretinsa insolvență a companiei .. dorim să aducem în completarea poziției noastre următoarele ...”.

office@andnet.roAvând în vedere informațiile/documentele transmise de ofertant, ca urmare a solicitărilor comisiei de evaluare,

Consiliul constată că, potrivit procesului-verbal nr. 12 (nr. 13B/6227/04.12.2018), oferta acestuia a fost exclusă din procedură în baza art. 167 alin. (1) lit. i) și h) și respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, întrucât: „... nu transmite în termenul precizat clarificările/ completările solicitate, sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente ...", art. 209 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 „în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței. alin. (2) autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat". Totodată, au fost reținute următoarele aspecte: „(1) comisia de evaluare a solicitat doar documente justificative din care să rezulte că au fost întreprinse demersurile necesare înscrierii. În adresa de răspuns ofertantul nu a transmis documente justificative din care să reiasă că au fost întreprinse demersurile de înscrierea transferului tuturor drepturilor societății absorbite către societatea absorbantă […] (2) în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 5 punctul 3-informații privind asocierea, ofertantul a transmis un nou contract de asociere. În urma analizei acestui document comisia de evaluare a constatat următoarele: (...) (3) în cadrul răspunsului la solicitarea nr. 6 ofertantul nu a transmis cazierul judiciar pentru societatea ..... (SA) (...) în data de 20.11.2018, la 7 zile după termenul limită de răspuns la solicitările de clarificare transmise în data de 29.10.2018, ofertantul a comunicat prin intermediul poștei electronice (email și fax office@andnet.ro) comisiei de evaluare adresa nr. 5407/20.11.2018 (...) în ceea ce privește cazierul societății ..... (SA) comisia a constatat că acesta nu exista deloc (...) nu a intrat în analiza comisiei de evaluare întrucât acesta a fost transmis cu 7 zile după termenul limită acordat respectiv în data de 20.11.2018 în loc de data de 13.11.2018 ora 23.59, ora stabilită de către platforma SEAP. (4) în cadrul răspunsului la solicitarea nr. 9 ofertantul a specificat că transmite conform solicitării […] certificatele ISO 9001 pentru cei doi membri ai asocierii. Comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu a transmis conform solicitării de clarificare certificatul corespunzător calității conform SR EN ISO 9001 pentru noul membru al asocierii ..... (SA) (…) ofertantul a transmis certificatul ISO 9001 pentru ... d.d. (SA) care la data transmiterii răspunsului (13.11.2018) nici măcar nu mai exista încă de la data de 11.10.2018. (5) în cadrul răspunsului la solicitarea nr. 10 ofertantul a specificat că transmite certificatele ISO 14001 pentru cei doi membrii ai asocierii (…) ofertantul a transmis certificatul ISO 14001 pentru .. (SA) care la data transmiterii răspunsului (13.11.2018) nici măcar nu mai exista încă de la data de 11.10.2018 (…) conform informațiilor prezentate comisia de evaluare a constatat că .. (SA) nu a putut confirma informațiile furnizate la nivelul formularului

DUAE în cee ace privește încadrarea sau nu în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 lit. b) și h) (…) astfel din interpretarea celor 2 documente (formularul DUAE și acordul de prefaliment-interpretarea juridică) rezultă că sunt prezentate informații contrare întrucât (…) procedura de acord de prefaliment a durat începând cu data de 09.09.2014 până la data de 05.10.2018 și datoriile care au apărut înainte de inițierea procedurii de acord de pre-faliment se vor achita conform unui plan de rambursare întocmit în baza procedurii de acord de prefaliment (…)", rezultatul procedurii fiind comunicat contestatoarei cu adresa nr. 13B/6233/ 04.12.2018.

Totodată, Consiliul constată că procesul verbal de evaluare nr. 12 (nr. 13B/6227/04.12.....) conține observațiile a doi dintre cei șapte membri: .. „1. ... se poate solicita și o opinie oficială de la instituțiile abilitate din Croația, care să confirme în mod clar dacă pre-falimentul reprezintă insolvența. 2. ... consider că ar mai trebui solicitat certificatul constatator emis în data de 15.11..... 3. Cazierul judiciar pentru societatea ..... (SA) ar trebui solicitat. 4. ... consider că era necesar o clarificare a domeniului de valabilitate a certificatelor ISO. 5. Consider că era necesar o solicitare de clarificare de transmitere a certificatelor ISO 9001 și ISO 14001 pentru compania care a absorbit ... . (SA)" și Rusoiu Emil „ar trebui clarificată situația juridică – pre-faliment ... consider că trebuie solicitat orice document care să clarifice îndeplinirea sau neîndeplinirea cerințelor de calificare, orice clarificare suplimentară solicitată nereprezentând un avantaj creat ofertantului ...".

Din informațiile prezentate mai sus, Consiliul reține că, deși relevant pentru autoritatea contractantă era obținerea de documente ce confirmă sau nu îndeplinirea unora dintre cerințele de calificare, motive de excludere conform DUAE, respectiv:

- data transferului drepturilor societății absorbite către societatea absorbantă, având în vedere că înregistrarea în Registrul Comerțului s-a făcut la data de 20.11....., conform Deciziei Tribunalului Comercial din Zagreb (număr înregistrare MBS: 080990235, Tt-18/37699-3);

- cazierul judiciar pentru societatea absorbantă ..... (SA), având în vedere că, în răspunsul formulat, aceasta a precizat că-l depune, dar a întârziat. De asemenea, constatând lipsa lui în SEAP, contestatoarea l-a transmis ulterior autorității contractante, prin email/fax;

- valabilitatea acordului de asociere nr. 1/07.12.2017, încheiat între ..., până la momentul înregistrării în Registrul Comerțului a transferului drepturilor societății absorbite (... (SA) către societatea absorbantă (..... (SA);

- dacă tipul de certificare ISO 9001, emis la data de 10.10....., pentru .. (SA), are sau nu corespondent în obiectul contractului de achiziție;

- existența certificatelor ISO 9001 și ISO 14001 pentru compania ..... (SA) care a absorbit ..;

- să verifice veridicitatea informațiilor prezentate de contestatoare legate de pre-falimentul societății absorbite ..(SA), fie prin

corespondență cu instituțiile abilitate din Croația, fie prin clarificarea cu ofertantul,

aceasta nu a fost în măsură/nua sesizat nevoia să solicite explicit documentele considerate lipsă și să clarifice situația juridică de pre-faliment.

Prin urmare, aceste aspecte trebuie să facă obiectul clarificărilor conform dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, care prevăd solicitări/ completări ale documentelor în cadrul procesului de evaluare, respectiv: „(1) În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei. (2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”. Pentru certitudinea implicării la acest nivel, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă trebuie să verifice veridicitatea informațiilor prezentate de contestatoare legate de pre-falimentul societății absorbite .. (SA), fie prin corespondență cu instituțiile abilitate din Croația, fie prin clarificarea cu ofertantul contestator. Totodată, să-i solicite contestatoarei să prezinte documentele de calificare constatate lipsă.

Prin urmare, constatând că etapa de solicitare clarificări și de evaluare a răspunsurilor a înregistrat abateri de la cadrul legal, Consiliul consideră că se impune o nouă corespondenţă cu contestatoarea a aspectelor în referinţă, ştiindu-se că orice decizie a autorităţii trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele, şi pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente sau neclare, care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Numai în urma realizării unui astfel de demers și numai în urma obținerii tuturor informațiilor și lămuririlor din partea autoarei ofertei, se poate stabili că autoritatea contractantă a realizat o evaluare completă și corectă a ofertei, evaluare care să respecte toate rigorile stabilite de legiuitor în ceea ce privește desfășurarea unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică. Evaluarea ofertei nu reprezintă un demers pur formal al comisiei de evaluare, realizat cu ignorarea drepturilor și obligațiilor pe care legiuitorul le-a stabilit în sarcina autorității contractante, în acest sens, ci reprezintă un demers de analiză temeinică și serioasă a ofertei, cu lămurirea și completarea permise de lege a acelor elemente care pot face obiectul unei astfel de etape, finalitatea urmărită de către achizitor trebuind să fie aceea a păstrării în competiție a cât mai multor oferte, astfel încât să crească șansa achiziționării celei mai bune prestații, la cel mai bun preț.

În aceste condiții, o nouă solicitare de clarificare (de transmitere a documentelor constatate lipsă și de verificare a veridicității informațiilor prezentate de contestatoare legate de pre-falimentul societății

absorbite ... (SA)), nu ar determina un avantaj în favoarea contestatoarei, constând în evidenta modificare a ofertei acesteia, din inacceptabilă, datorită neîndeplinirii cerințelor de calificare și răspunsului neconcludent, în ofertă admisibilă, nefiind încălcate prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, menționate mai sus.

De asemenea, Consiliul are în vedere și dispozițiile art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, care prevăd: „**(1)** Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. **(2)** În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire”.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b), f) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatoarei privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este întemeiată.

În aceste condiții, Consiliul constată necesitatea verificării și clarificării ofertei contestatoarei, motiv pentru care, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de .., în contradictoriu cu ..... SA și va anula rezultatul procedurii consemnat în procesul verbal de evaluare nr. 12 (nr. 13B/6227/04.12..... și adresa nr. 13B/6233/04.12....., în partea ce privește evaluarea și respingerea ofertei contestatoarei. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei, în termen de 15 zile, în sensul solicitării prezentării documentelor de calificare constatate lipsă și respectiv verificării veridicității informațiilor prezentate de contestatoare, legate de pre-falimentul societății absorbite .. (SA), fie prin corespondență cu instituțiile abilitate din Croația, fie prin clarificarea cu ofertantul contestator.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondate, excepțiile invocate.

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..... SA și anulează rezultatul procedurii consemnat în procesul verbal de evaluare nr. 12 (nr. 13B/6227/04.12..... și adresa nr. 13B/6233/ 04.12....., în partea ce privește evaluarea și respingerea ofertei contestatoarei. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta contestatoarei, în termen de 15 zile, în sensul solicitării prezentării documentelor de calificare constatate lipsă și respectiv verificării veridicității informațiilor prezentate de contestatoare legate de pre-falimentul societății absorbite ... (SA), fie prin corespondență cu instituțiile abilitate din Croația, fie prin clarificarea cu ofertantul contestator.

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

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

...