



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.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 2152/C8/2397

Data: 29.11.2019

Prin contestația nr. 1991/08.11.2019 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 45584/08.11.2019, depusă de SC SRL cu sediul în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., CUI ..., reprezentată statutar prin, în calitate de lider al asocierii SC SRL - SA și reprezentată convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la în, ..., formulată împotriva deciziei entității contractante de excludere din procedură a ofertei asocierii ..., depusă pentru lotul 3, emisă de, cu sediul în loc., ..., jud., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă pentru atribuirea acordului-acordului având ca obiect „Furnizare echipamente de control de securitate, pe loturi”, s-a solicitat Consiliului:

- anularea deciziei de excludere a asocierii „...” din procedura de atribuire și anularea actelor subsecvente, inclusiv anularea în parte a raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019, publicat în SEAP în data de 30.10.2019, în ce privește excluderea ofertei asocierii „...” și declararea câștigătoare a ofertei SC SA;

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei sub aspectul motivelor de excludere și stabilirea ofertantului câștigător cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire.

Prin adresa nr. 3434/....., înregistrată la Consiliu Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /21.11.2019, formulată de

SC SA, cu sediul în, ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de- Director General și convențional de, prin, Partener Senior, cu sediul în, str., s-a solicitat Consiliului respingerea contestației depusă de SC SRL, ca neîntemeiată și menținerea rezultatului procedurii.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SRL critică documentația de atribuire întocmită de către autoritatea contractantă pentru următoarele motive:

..... SA a organizat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea acordului- cadru având ca obiect „Furnizare echipamente de control de securitate, pe loturi”: Lot 1: Echipamente de detectare a metalelor din încălțăminte (Shoe Metal Detector - SMD) cu toate accesoriile aferente, prestarea serviciilor de instalare, punere în funcțiune, instruire, respectiv întreținere și reparații în perioada de garanție; Lot 2: Echipamente de detectare a urmelor de substanțe explosive (ETD) cu toate accesoriile și consumabilele aferente (kituri), prestarea serviciilor de instalare, punere în funcțiune, instruire, respectiv întreținere și reparații în perioada de garanție; Lot 3: Furnizarea de echipamente cu raze X - tunel mare, cu toate accesoriile aferente, prestarea serviciilor de instalare, punere în funcțiune, instruire, respectiv întreținere și reparații în perioada de garanție, fiind publicat în acest sens anunțul de participare nr. CN1011790 din 05.06.2019.

Contestatoarea prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând că în data de 30.10.2019 contestarea a înaintat autorității contractante adresa nr. MTG 2183/30.10.2019 prin care a arătat că informațiile cuprinse în raportul procedurii sunt eronate, nu sunt conforme cu situația juridică a asociatului SC SA, decizia de intrare în faliment invocată fiind suspendată la data aprobării raportului procedurii.

Contestatoarea apreciază netemeinică și nelegală decizia de excludere a asocierii ... din procedura de atribuire, fiind emisă cu încălcarea dispozițiilor legale referitoare la cazurile de excludere a operatorilor economici prevăzute la art. 180 din Legea nr. 99/2016, având în vedere că:

- hotărârea intermediară de respingere a planului de reorganizare și trecere la faliment a asociatului SC SA, ce constituie motivul excluderii ofertei Asocierii ..., era suspendată prin hotărâre a instanței de judecată la data aprobării raportului procedurii, astfel că nu subzistă motivul de excludere invocat de; autoritatea contractantă avea obligația solicitării de informații actualizate la data deciziei de excludere;

- operatorul economic aflat în insolvență nu poate fi exclus din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, fără a se verifica de către autoritatea contractantă îndeplinirea condițiilor cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică;

I. Petenta contestă nelegalitatea și netemeinicia deciziei de excludere a Asocierii ... emisă în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. b), cu privire la stadiul dosarului de insolvență privind pe asociatul SC SA

Comisia de evaluare a arată că s-a informat de pe portalul instanțelor cu privire la dosarul nr. 29460/3/2017, având ca obiect insolvența asociatului SA și a constatat că în cauză s-a respins planul de reorganizare a societății și s-a dispus trecerea la faliment, însă a omis să consemneze în procesul verbal nr. 53.12.1/02.10.2019 că hotărârea nu era definitivă.

La data aprobării raportului procedurii, respectiv la 28.10.2019, a fost deja pronunțată de către Curtea de Apel secția a V-a Civilă, în dosarul 29450/3/2017, încheierea nr. 74/09.10.2019 de suspendare provizorie a executării Hotărârii intermediare nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea cererii de suspendare formulată în cererea de apel.

În aceste condiții, la data aprobării raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019 SC SA nu putea fi respinsă pe motivul intrării în faliment, de vreme ce executarea acestei hotărâri era suspendată prin hotărâre judecătorească.

Contestatoarea menționează că în fișa de date a achiziției este prevăzut că în vederea verificării informațiilor cuprinse în DUAE, conform art. 205 din Legea 99/2016, entitatea contractanta are dreptul să solicite, iar ofertantul are obligația de a prezenta documente justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE.

Așadar, însăși entitatea contractantă nu a stabilit vreo restricție de participare la achiziție, în calitate de ofertant, pentru operatorii economici aflați în insolvență, context în care urma a aplica în exclusivitate reglementările normative relevante pe care ea însăși le-a invocat.

Cum asocierea ... se afla pe locul I în clasamentul ofertelor, entitatea contractantă avea obligația de a solicita acesteia documente actualizate cu privire la informațiile cuprinse în DUAE.

Din conținutul raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019, rezultă că entitatea contractantă a reținut poziția contestatoarei în clasament, însă, fără a solicita documentele pentru dovedirea îndeplinirii cerințelor din documentația de atribuire, a exclus oferta subscrisei, doar pe baza informației identificate pe portalul instanțelor.

Obligativitatea solicitării de clarificări în legătură cu informațiile cuprinse în DUAE rezultă și din cuprinsul notificării ANAP din 01.09.2016 privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale.

Asocierea ... nu a prezentat informații care să conducă la excluderea sa din procedură, astfel că, prin raportare la prevederile art. 133 alin. (1) lit. i), comisia de evaluare a încălcat atribuția de stabilire și elaborare a solicitării de clarificări pentru stabilirea situației actualizate a stării de insolvență a SC SA.

În același timp, omisiunea de a solicita clarificări operatorului economic cu privire la informații obținute prin mijloace proprii de către autoritatea contractantă reprezintă o încălcare a principiului proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. e) din Lege.

Contestatoarea menționează că jurisprudența europeană statuează asupra obligației de respectare a principiului proporționalității, astfel cum este reținut în considerentele Hotărârii Tribunalului cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV contra Comisiei.

Este netemeinică și nelegală excluderea asocierii ... pe motiv că a fost respinsă cererea de confirmare a planului de reorganizare și s-a dispus intrarea în faliment a asociatului SA, întrucât la momentul aprobării raportului procedurii situația juridică era aceea a unei societăți în insolvență, având un plan de reorganizare aprobat de Adunarea Generală a Creditorilor, efectele hotărârii de intrare în faliment fiind suspendate.

II. Petenta contestă nelegalitatea deciziei de excludere a asocierii ... în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. b)

Referitor la situația operatorului economic care se află în procedura insolvenței, alin. (2) al articolului 180 alin din Legea nr. 99/2016 stabilește o derogare de la cazul de excludere în situația ofertantului aflat în procedura insolvenței.

Premisa de la care pornește situația de excludere reglementată la art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 este aceea că operatorul economic se află în stare de insolvență și nu reușește/reușește să demonstreze: (i) că are capacitatea de a executa contractul sectorial / acordul - cadru; sau (ii) că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare ce permite continuarea, de o manieră fezabilă, a activității sale curente; sau (iii) că respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță (în situația în care procedura insolvenței a ajuns în acea etapă).

Ceea ce interesează entitatea contractantă în sensul art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 este ca operatorul economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență să fie în situația de a continua activitatea.

Entitatea contractantă, prin excluderea asocierii ... ca urmare a stării de insolvență a asociatului SA, încalcă în același timp și prevederile art. 77 alin. (6) din legea 85/2014.

Principiul statuat de legea nr. 85/2014 este că debitorul aflat în insolvență sau reorganizare are aceleași drepturi ca orice operator economic, fapt statuat și de dispozițiile art. 341 din Lege.

Prin urmare, interpretând dispozițiile art. 167 alin. (2) din legea nr. 98/2016 prin coroborare cu cele ale art. 57 alin. (6) din Directivă, pe care

le transpune, reiese că entitatea contractantă permite participarea la procedura de atribuire a unui operator economic aflat în stare de insolvență, atât timp cât acesta din urmă va furniza dovezi, considerate suficiente de către autoritatea contractantă din care să rezulte că acesta are capacitatea de a îndeplini contractul de achiziții publice.

Autoritatea contractantă cunoștea că societatea SA se află în procedura insolvenței, întrucât pentru lotul 2 din aceeași procedură, nu a exclus Asocierea ... pentru motivul prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016.

Câtă vreme pentru lotul 2 entitatea contractată nu a exclus asocierea ... pentru starea de insolvență a asociatului, atunci se impunea ca și pentru lotul 3 să aplice aceeași decizie de menținere în procedură a ofertantului.

III. Îndeplinirea de către asocierea ... a situației premisă prevăzută de dispozițiile art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016

Entitatea contractantă, luând act de starea de insolvență a asociatului SA și despre propunerea unui plan de reorganizare, avea obligația prevăzută de dispozițiile art. 205 din legea nr. 99/2016 de a solicita clarificări în legătură cu măsurile adoptate privind continuarea activității.

În situația solicitării de clarificări, entitatea contractantă ar fi constatat că:

- prin încheierea pronunțată la data de 22.08.2017 de către Tribunalul, Secția a VII-a civilă în dosarul nr. 29450/3/2017 s-a deschis procedura generală de insolvență privind pe SA, la cererea acesteia;

- prin declarația SA depusă în cadrul cererii de deschidere a procedurii, societatea și-a arătat intenția de reorganizare, fiind descrise activitățile pe care le are în vedere în acest scop, fiind vădită intenția de continuare a activității în sensul prevăzut de dispozițiile art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016; acest fapt a fost menționat și în Raportul administratorului judiciar cu privire la cauzele și împrejurările care au dus la apariția stării de insolvență, publicat în BPI în data de 14.11.2017;

- dreptul de administrare al societății nu a fost ridicat, ceea ce înseamnă că în perioada de observație, activitatea curentă a societății a continuat sub supravegherea administratorului și nu sub conducerea acestuia;

- SA nu avea înregistrate la data raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019 datorii curente la bugetul general consolidate al statului și bugetul local;

- la data de 15.07.2019 Adunarea Creditorilor SA a hotărât acceptarea planului de reorganizare a activității acesteia, conform Procesului verbal publicat în BPI nr. 13943/15.07.2019;

- prin Hotărârea intermediară nr. 5042/24.09.2019 s-a respins planul de reorganizare aprobat de Adunarea Creditorilor și s-a dispus trecerea la faliment a SA;

• în încheierea nr. 74 pronunțată în data de 09.10.2019 de Curtea de Apel în dosarul nr. 5422/2/2019 având ca obiect cererea de suspendare provizorie a executării sentinței privind respingerea planului de reorganizare și intrarea în faliment, instanța a admis suspendarea.

Instanța de judecată a constatat că debitoarea are capacitatea de a derula contracte, inclusiv de achiziții publice și că suspendarea efectelor hotărârii de trecere la faliment este de natură să preîntâmpine prejudicii însemnate debitoarei care se află în raporturi contractuale cu autorități contractante sau alți beneficiari.

IV. Operatorul economic, respectiv asocieria ..., care a depus ofertă în procedura de atribuire, nu a intrat în insolvență; starea de insolvență este incidentă doar în privința SC SA

Legat de starea de insolvență a SC SA contestatoarea precizează faptul că operatorul economic care a depus ofertă în procedura de atribuire, respectiv asocieria ..., este compus din două entități (... .. fiind doar una dintre aceste entități asociate). Or, operatorul economic participant la procedura de atribuire nu se află în insolvență (în insolvență aflându-se doar unul dintre membrii asocierii, respectiv).

Contestatoarea învederează dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. ii) din Legea nr. 99/2016.

În concluzie, câtă vreme textul legal permite ca un operator economic, persoană fizică sau juridică aflat în insolvență, să participe în continuare la procedura de atribuire, dacă acesta demonstrează că are capacitatea de a executa contractul, cu atât mai mult trebuie permisă participarea la prezenta procedură de atribuire, dat fiind că membrii asocierii, împreună cu /inclusiv, care se află în insolvență, demonstrează capacitatea de a executa contractul.

Această concluzie este susținută inclusiv de prevederile Directivei 2014/25/UE.

În sensul posibilității de modificare a componenței unei asocieri în perioada de evaluare a ofertelor s-a pronunțat și Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor prin Decizia nr. 1254 / C6 / 1285/11.05.2018.

Contestarea solicită Consiliul să aibă în vedere că, în cazul asocierii ... nu a avut loc o modificare a structurii asocierii în timpul evaluării, toți asociații participanți manifestându-și intenția de a se angaja contractual pe baza capacităților financiare, tehnice și profesionale comune.

Contestatoarea solicită Consiliului să admită contestația formulată, să constate nelegalitatea excluderii Asocierii din procedura de atribuire a acordului cadru, iar prin decizia pe care o va pronunța să dispună:

- anularea Deciziei de excludere a Asocierii ... din procedura de atribuire și anularea actelor subsecvente, inclusiv anularea în parte a Raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019, publicat în SEAP în data de 30.10.2019, în ce privește excluderea ofertei Asocierii ... și declararea câștigătoare a ofertei SA;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei subscrisei sub aspectul motivelor de excludere și stabilirea ofertantului câștigător cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire.

În drept, contestatoarea invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 99/2016, HG nr. 394/2016.

În probațiune, înscrisurile anexate la prezenta contestație și cele aflate în dosarul achiziției publice.

De asemenea contestarea a solicitat accesul la dosarul achiziției publice, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea 101/2016.

Prin adresa nr. 4760/13.11.2019 înregistrată la Consiliu cu nr. 46281/13.11.2019, entitatea contractantă transmite punctul său de vedere asupra contestației.

Entitatea contractantă solicită Consiliului:

- în cazul neconstituirii cauțiunii stabilite, respingerea contestației în temeiul art. 611 alin. (1) și alin (2) din Legea nr. 101/2016;

- să constate că cererea contestatoarei este neîntemeiata și nefondată și, pe cale de consecință, să respingă contestația SC SRL.

.... prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire.

În ceea ce privește constituirea cauțiunii impuse de dispozițiile art. 611 alin. (1) și alin (2) din Legea nr. 101/2016, entitatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de către ASOCIEREA- lider și SA - asociat în cazul nerespectării de către acesta a dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, fața de susținerile contestatoarei cu privire la primul capăt de cerere, entitatea contractantă menționează că motivele pentru care oferta ASOCIEREA- lider și SA - asociat a fost declarată exclusă, aflându-se sub incidența art. 180, alin. (1), lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea 99/2016, sunt următoarele:

Prin fișa de date s-a solicitat ca ofertanții, ofertanții asociați, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177,178,180 din Legea nr. 99/2016.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ, conform art. 202-204 din Legea nr. 99/2016 și conform Notificării ANAP nr. 240/2016, de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. De asemenea, odată cu depunerea DUAЕ, ofertanții vor prezenta, dacă este cazul, angajamentul terțului susținător, acordul de subcontractare și acordul de asociere, cu detalierea modalității de susținere, a responsabilităților și a cotei de participare a fiecărui terț/subcontractant/asociat, după caz.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează să fie prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de ofertantul a cărei oferta s-a clasat pe locul I după analiză și evaluarea preliminară a ofertei.

Documentele justificative se vor prezenta conform art. 205 din legea nr. 99/2016.

DUAЕ depus în cadrul procedurii de către ASOCIEREA- lider și SA - asociat a fost analizat de către comisia de evaluare.

Buletinul procedurilor de insolventa este document public, iar din consultarea acestuia și a portalului instanțelor de judecată, entitatea contractantă a verificat situația de fapt, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de către contestatoare.

În baza informațiilor declarate în cadrul DUAЕ, oferta contestatoarei a fost declarată admisă. Urmare a evaluării propunerii tehnice a contestatoarei, oferta a fost declarată conformă.

Cursul procedurii de evaluare, cât și al deciziilor luate de către comisia de evaluare a fost consemnat în cadrul raportului procedurii de atribuire și al proceselor verbale de evaluare.

Contrar susținerilor contestatoarei, entitatea contractantă precizează că, oferta Asocierii ... a fost stabilită ca regăsindu-se sub incidența art. 180 alin 2 din Legea nr. 99/2016 până la data pronunțării de către instanța de judecată a Hotărârii civile nr. 5042/2019 din data de 24.09.2019, prin care instanța a respins cererea de confirmare a planului de reorganizare și a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a debitoarei SC SA.

Astfel, conform portalului instanțelor de judecată, entitatea contractantă a luat la cunoștință de faptul că instanța de judecată s-a pronunțat în dosarul nr. 29450/3/2017, prin Hotărârea nr. 5042/2019 din data de 24.09.2019, prin care a respins cererea de confirmare a planului de reorganizare. În temeiul art. 140 alin. 5 și art. 145 alin. 1 lit. B din legea nr. 85/2014 instanța a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a debitoarei SC S.A. În temeiul art. 145 alin. 2 din Legea nr. 85/2014 a dispus dizolvarea societăți debitoare, a dispus sigilarea bunurilor din averea debitoarei, în sarcina lichidatorului judiciar. A stabilit termen de maxim 5 zile de la data notificării deschiderii procedurii falimentului, de predare a gestiunii averii de la debitor/administratorul judiciar către lichidatorul judiciar, împreună cu lista actelor și operațiunilor efectuate după deschiderea procedurii prevăzute la art. 84 alin. 2 din Legea nr. 85/2014.

Hotărârea nr. 5042/2019 din data de 24.09.2019 a fost publicată în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 19025 din 09 octombrie 2019.

Entitatea contractantă arată că, procesul de evaluare al ofertelor de către comisia de evaluare s-a finalizat la data de 02.10.2019, conform procesului-verbal de evaluare nr. 53.12.1/02.10.2019. Cu privire la oferta SC SA, entitatea contractantă a făcut aplicarea art. 182 din Legea nr. 99/2016 și a constatat faptul că aceasta se afla sub incidența art. 180 alin. (I), lit. b) din Legea nr. 99/2016.

Entitatea contractantă învederează dispozițiile art. 180 din Legea nr. 99/2016 alin. (1) și lit. b) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea a formulat apel împotriva Hotărârii civile nr. 5042/2019 din data de 24.09.2019, instanța a admis cererea de suspendare, a dispus suspendarea executării sentinței civile nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea apelului. Fără cale de atac. Pronunțată în ședință publică în data de 22.10.2019.

Încheierea de ședință din data de 22.10.2019 a fost publicată în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 20463 din 29 octombrie 2019.

Față de aceste date, Curtea consideră că în cauză se impune temporizarea executării sentinței primei instanțe până la soluționarea cererii de apel promovate de debitoare. Dispune suspendarea executării sentinței civile nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea apelului. Fără cale de atac. Pronunțată în ședință publică în data de 22.10.2019.

Potrivit Hotărârii civile nr. 5042/24.09.2019 planul de reorganizare a fost respins și s-a dispus intrarea în procedura generală a falimentului. Conform Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, contestatoarea nu mai poate propune alt plan.

Conform încheierii din ședință din data de 22.10.2019 pronunțată de Curtea de Apel, suspendarea Hotărârii civile nr. 5042/24.09.2019 are în vedere contracte în derulare, și nu contractele noi, ce urmează a fi încheiate de către contestatoare.

Față de cele constatate anterior, entitatea contractantă nu poate fi obligată să încheie un contract cu o durată de 30 de luni cu un operator economic cu risc, aflat sub iminenta declanșării procedurii de faliment.

Entitatea contractantă menționează că, toate aceste elemente sunt de natură a concluziona că, aceasta în mod corect a constatat faptul că SC SA se afla sub incidența motivelor de excludere ale art. 180 alin. (l), lit. b) din Legea nr. 99/2016.

Cu privire la capătul de cerere al contestatoarei: Operatorul economic aflat în insolvență nu poate fi exclus din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, fără a se verifica de către autoritatea contractantă îndeplinirea condițiilor cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică, entitatea contractantă învederează că potrivit acordului de asociere, încheiat între S.C. SRL și SC SA, se menționează că asociații au convenit să desfășoare în comun următoarele activități:

a) participarea la procedura de achiziție sectorială organizată de SA, Orașul, ... pentru atribuirea contractului de achiziție publică : "FURNIZARE ECHIPAMENTE DE CONTROL DE SECURITATE, PE LOTURI" Anunț de participare: CN1011790 din 05.06.2019: -(...) Lot 3: Furnizarea de echipamente cu raze X - tunel mare, cu toate accesoriile aferente, prestarea serviciilor de instalare, punere în funcțiune, instruire, respectiv întreținere și reparații în perioada de garanție.

b) derularea în comun a contractului de achiziție sectorială în cazul desemnării ofertei comune ca fiind câștigătoare ".

Entitatea contractanta a transmis o clarificare asocierii ..., prin care a solicitat detalieria activităților desfășurate de fiecare asociat în parte în cadrul acordului cadru, în conformitate cu acordul de asociere depus.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, asocierea ... a precizat că activitățile desfășurate de către fiecare asociat în parte sunt următoarele: liderul asocierii ... SRL în procent de 80% sunt următoarele: Livrarea platformei de management centralizat (hardware și software) inclusiv instalare și training aferent; Finanțare contract; asociatul ... SA în procent de 20% sunt următoarele: Livrarea de echipamente cu Raze X - tunel mare, cu toate accesoriile aferente, prestarea serviciilor de instalare, punere în funcțiune, instruire, respectiv întreținere și reparații în perioada de garanție.

Conform DUAЕ, depus de către societatea a menționat la secțiunea C este menționat că experiența similara se asigură de SC ... S.A.

Prin urmare, ..., conform informațiilor și documentelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, nu dovedește că are capacitatea de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică.

În acest sens, entitatea contractantă solicită Consiliului să constate că motivele invocate de către contestatoare pentru anularea Deciziei de excludere a Asocierii ... din procedura de atribuire și anularea actelor subsecvente, inclusiv anularea în parte a raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019, în ceea ce privește excluderea ofertei asocierii ... și declararea câștigătoare a ofertei SA; obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei, sunt nefondate, plecând cel puțin de la argumentele menționate și, pe cale de consecință, entitatea contractantă solicită Consiliului să mențină în tot actele entității contractante contestate.

Fata de cele menționate, entitatea contractantă solicită sa constate că cererea contestatoarei este neîntemeiata și nefondata si, pe cale de consecință, să respingă contestația SC

În drept, entitatea contractantă invocă prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 99/2016 cât și a dispozițiilor HG nr. 394/2016.

Prin adresa nr. 2080/21.11.2019 înregistrată la Consiliu cu nr. 47579/21.11.2019, contestatoarea transmite concluzii scrise, solicitând înlăturarea apărărilor formulate de entitatea contractantă și admiterea contestației formulată de asociere împotriva deciziei autorității contractante de excludere din procedură a ofertei asocierii ..., iar prin decizia pe care o va pronunța Consiliu să dispună:

1. Anularea deciziei de excludere a asocierii ... din procedura de atribuire și a actelor subsecvente, inclusiv anularea în parte a Raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019, publicat în SEAP în data de 30.10.2019, în ce privește excluderea ofertei Asocierii ... și anularea deciziei de declarare a ofertei câștigătoare a SA;

2. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei sub aspectul motivelor de excludere și stabilirea

ofertantului câștigător cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire

Neegalitatea deciziei autorității contractate de excludere a asocierii ... din procedura de atribuire, emisă cu încălcarea dispozițiilor legale referitoare la cazurile de excludere a operatorilor economici prevăzute la art. 180 din Legea nr. 99/2016, rezidă în principal în următoarele aspecte:

- Hotărârea intermediară de respingere a planului de reorganizare și trecere la faliment a asociatului ... SA, care a stat la baza excluderii ofertei Asocierii ..., era, la data aprobării Raportului procedurii, suspendată prin hotărâre a instanței de judecată, astfel că nu subzistă motivul de excludere invocat de CNAB. Entitatea contractantă avea obligația solicitării de informații actualizate la data deciziei de excludere;

- Entitatea contractantă, având în vedere clasamentul ofertelor, avea obligația de a solicita operatorului economic aflat pe locul 1, respectiv subscrisei Asocierea ..., informații actualizate privind informațiile cuprinse în DUAЕ, inclusiv referitor la procedura insolvenței;

- La data aprobării raportului procedurii ... SA, asociat al ofertantei excluse, Asocierea ..., se afla în perioada de observație, cu un plan de reorganizare acceptat de Adunarea Generală a Creditorilor, conform Procesului verbal din data de 15.07.2019;

- Operatorul economic aflat în insolvență nu poate fi exclus din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, fără a se verifica de către autoritatea contractantă îndeplinirea condițiilor cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică; din actele depuse la dosarul cauzei rezultă că ... SA, asociat al ofertantei Asocierea ... are capacitatea de a-și executa obligațiile contractuale.

I. Cu privire la nelegalitatea și netemeinicia deciziei de excludere a Asocierii ... emisă în temeiul dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. b), întrucât la data emiterii raportului procedurii și deciziei de excludere asociatul ... SA nu se afla în faliment, ci în perioada de observație (suspendarea hotărârii de respingere a planului de reorganizare și de intrare în faliment), contestatoarea menționează că raportul procedurii în care este menționat motivul excluderii asocierii ... cuprinde informații neactualizate.

Comisia de evaluare a arată că s-a informat de pe portalul instanțelor cu privire la dosarul nr. 29460/3/2017, și a constatat că în cauză s-a respins planul de reorganizare a societății și s-a dispus trecerea la faliment, însă a omis însă să consemneze în procesul verbal nr. 53.12/02.10.2019 că hotărârea nu era definitivă; la data de 02.10.2019, pe portalul instanțelor la dosarul respectiv era înregistrată mențiunea că hotărârea a fost atacată cu apel și că a fost formulată cerere de suspendare a hotărârii în cauză. Mai mult, conform documentelor dosarului achiziției publice depus la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, entitatea contractantă cunoștea că la data de 09.10.2019

s-a dispus suspendarea provizorie a executării sentinței civile nr. 5042/24.09.2019.

Conform procesului verbal nr. 53.12/02.10.2019 privind analiza rezultatului licitației electronice lot 3, clasamentul ofertelor indică asocierea ... pe locul 1, ... SA pe locul 2 și MB Ltd pe locul 3.

Se menționează următorul aspect: "Comisia de evaluare a luat cunoștință, de pe portalul Tribunalului, de faptul că la data de 24.09.2019, în dosarul nr. 29450/3/2017 a fost respinsă cererea de confirmare a planului de reorganizare și s-a dispus intrarea în faliment prin procedura generală a societății SC SA".

La procesul verbal a fost anexat print din data de 02.10.2019 de pe portalul instanțelor, din care rezultă că împotriva Sentinței 5042/24.09.2019 a fost formulat apel și s-a solicitat suspendarea acestei hotărâri.

Cronologic, prin raportarea actelor procedurii de insolvență la deciziile entității contractante, situația de fapt este următoarea:

- 24.09.2019 pronunțarea Sentinței nr. 5042 de către Tribunalul în dosarul nr. 29450/3/2017 prin care se respinge planul de reorganizare a SRL și se dispune trecerea la faliment; pe portalul instanțelor era înregistrată cererea de apel și cererea de suspendare a procedurii;
- 02.10.2019 proces verbal al entității contractante nr. 53.12/02.10.2019 privind analiza rezultatului licitației electronice lot 3;
- 09.10.2019 pronunțare încheiere nr. 74A de către Curtea de Apel în dosarul nr. 5422/2/2019 prin care se dispune suspendarea provizorie a efectelor Sentinței nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea cererii de suspendare formulată în apelul împotriva Hotărârii;
- 09.10.2019 publicare în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 19025 a Sentinței nr. 5042/24.09.2019;
- 10.10.2019 publicare în Buletinul procedurilor de Insolvență nr. 19053 a Apelului împotriva Hotărârii nr. 5042/24.09.2019 și a cererii de suspendare a efectelor acesteia;
- 16.10.2019 publicare în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 19502 a încheierii nr. 74/09.10.2019 privind suspendarea provizorie a efectelor Sentinței nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea cererii de suspendare formulată în apelul împotriva Hotărârii;
- 22.10.2019 pronunțarea încheierii de suspendare a executării Sentinței 5042/24.09.2019 până la soluționarea apelului în dosarul nr. 29450/3/2017;
- 28.10.2019 emitere raportul procedurii nr. 53.15/28.10.2019;
- 29.10.2019 publicarea în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 20463 a încheierii din 22.10.2019 privind suspendarea executării Sentinței nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea apelului în dosarul nr. 29450/3/2017;
- 30.10.2019 publicarea raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019.

În punctul de vedere la contestație, entitatea contractantă menționează că o sursă de informare a fost și Buletinul Procedurilor de Insolvență.

Așa încât entitatea contractantă recunoaște că la data emiterii raportului procedurii și a deciziei de excludere a asocierii ..., a avut cunoștință despre suspendarea efectelor Sentinței nr. 5042/24.09.2019, întrucât în data de 16.10.2019 a fost publicată în BPI încheierea nr. 74 pronunțată în data 09.10.2019, prin care a fost admisă cererea de suspendare provizorie a deschiderii procedurii falimentului.

În concluzie, la data emiterii raportului procedurii și a deciziei de excludere, asociatul ... SA era în fapt în perioada de observație, cu un plan de reorganizare aprobat de Adunarea Creditorilor. În aceste condiții, entitatea contractantă avea obligația aplicării dispozițiilor art. 180 alin. (2) din Legea 99/2016 și de a proceda la verificarea capacității de executare a contractului, fiindu-i interzisă excluderea ofertantului doar pentru motivul stării sale de insolvență.

Contestatoarea solicită Consiliul să aibă în vedere și adresa nr. 2877/13.11.2019 a administratorului judiciar al ... SA, din care rezultă că aceasta se află "în stare de insolvență în perioada de observație. Aceleași aspecte rezultă și din certificatul constator nr. 650163/15.11.2019 emis de ORC

II. Cu privire la încălcarea de către entitatea contractantă a obligațiilor prevăzute la art. 205 alin. (2) din Legea 99/2016 cu privire la tratamentul ofertantului clasat pe locul 1, contestatoarea menționează că la stabilirea clasamentului ofertelor, entitatea contractantă, constatând că oferta Asocierii ... este pe locul 1, avea obligația solicitării către asocieri de documente justificative actualizate cu privire la informațiile cuprinse în DUAЕ.

Contestatoarea învederează dispozițiile art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Entitatea contractantă a încălcat obligația legală mai sus precizată întrucât, deși contestatoarea era ofertantul clasat pe locul 1, nu i s-au solicitat informațiile actualizate cu privire la declarațiile depuse prin DUAЕ. Entitatea contractantă a exclus în mod direct asocieria ..., cunoscând la data respectivă că se află în curs de soluționare cererea de suspendare a efectelor Hotărârii privind respingerea planului de reorganizare și intrarea în faliment a ... SA.

Entitatea contractantă a reținut în procesul verbal nr. 53.12/02.10.2019 că s-a informat de pe portalul instanțelor, iar în punctul de vedere la contestație arată că a avut în vedere și Buletinul Procedurilor de Insolvență la data emiterii raportului procedurii.

Conform art. 205 alin. (2) din Legea 99/2016 autoritatea contractantă nu se poate sustrage de la obligația de a solicita documente justificative actualizate ofertantului clasat pe locul I, invocând un motiv de excludere pe o informație de pe portalul instanțelor de judecată, fără ca la baza excluderii să existe documente - hotărâri ale instanței de judecată

sau alte înscrisuri oficiale sau provenind de la ofertant - care să susțină informațiile de care a luat la cunoștință prin intermediul portalului www.portal.iust.ro.

III. Cu privire la nelegalitatea deciziei de excludere a Asocierii ... prin neaplicarea prevederilor art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 , contesatoarea precizează ca legea nr. 99/2016 stabilește o derogare de la cazul de excludere în situația ofertantului aflat în procedura insolvenței.

Or entitatea contractantă, în mod nelegal, nici nu a solicitat informații cu privire la capacitatea de a executa contractul și nici nu a luat în analiză informațiile cuprinse în hotărârile instanțelor judecătorești publicate în Buletinul Procedurilor de Insolvență, hotărâri pe care le citează extins în punctul de vedere la contestație. S-ar fi constatat, chiar și numai din aceste hotărâri, că Asocierea ... are capacitatea de a executa contractul și că asociatul SA derulează în prezent mai multe contracte de achiziție publică, activitatea sa după deschiderea procedurii permițându-i-i, de altfel, să nu acumuleze datorii curente.

Astfel că entitatea contractantă are obligația de a verifica toate aceste aspecte înainte de excluderea unui ofertant, obligație încălcată în prezenta procedură.

În punctul de vedere, entitatea contractantă însăși arată că SA are contracte în derulare și că de la declanșarea procedurii au încheiate mai multe contracte de achiziție publică. La data deciziei de excludere a ofertei asocierii ..., entitatea contractantă avea cunoștință de motivarea încheierii 74/10.10.2019.

Din aceasta rezultă că activitatea SA a continuat de la data declanșării procedurii de insolvență, că societatea participă la proceduri de atribuire contracte de achiziție publică, autoritățile/entitățile contractante constatând lipsa riscului în executarea contractelor de achiziție publică de către SA.

Aceleași aspecte cu privire la contracte în derulare sunt reținute și în încheierea din 22.10.2019 prin care a fost admisă cererea de suspendare a efectelor Hotărârii 5042/24.09.2019 până la soluționarea apelului.

... .. SA aflată în perioada de observație, a propus un plan de reorganizare fezabil întrucât a fost acceptat de Adunarea Creditorilor, motivul respingerii acestuia de către judecătorul sindic, conform Hotărârii nr. 5042/24.09.2019 fiind aprecierea eronată instanței că una din categoriile defavorizate de creanțe nu a fost supusă unui tratament corect și echitabil la comparația între situația aplicării planului și situația falimentului.

Se poate constata că motivul respingerii planului de reorganizare nu privește fezabilitatea sa, ci aprecierea instanței cu privire la tratamentul unei categorii de creditori și numai raportat la situația ipotetică în care societatea ar intra în faliment.

Mai mult, contestatoarea a depus în cadrul ofertei nota explicativă la care au fost atașate documente din care rezultă că SA are cinci linii de business, au fost avute în vedere mai multe activități în legătură cu

planul de reorganizare, nu există datorii ale asocierii din activitatea curentă, iar societatea se află sub supravegherea și nu sub conducerea administratorului judiciar.

Din documentele pe care entitatea le are la dispoziție se poate constata că asociatul SA împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență este în situația de a continua activitatea și de a executa partea sa din contract în cadrul asocierii

Sușinerile entității contractante din punctul de vedere la contestație, prin care se arată că entitatea contractantă "nu poate fi obligată să încheie un contract cu o durată de 30 de luni cu un operator economic cu risc, aflat sub iminența declanșării procedurii de faliment" sunt total nefondate. "Iminența" falimentului este o simplă apreciere a entității contractante, nu are corespondent în dispozițiile Legii nr. 85/2014.

Falimentul nu se apreciază a fi "iminent" în sensul Legii nr. 85/2014, ci acesta se dispune de către instanța de judecată, în situații determinate și prevăzute de dispozițiile legale.

Or entitatea contractantă nu face dovada că SA se afla la momentul emiterii raportului procedurii și deciziei de excludere a Asocierii ... din procedură în vreunul din cazurile prevăzute de lege care să atragă intrarea în faliment.

Drept pentru care, este netemeinică și nelegală excluderea Asocierii ... pe motiv că a fost respinsă cererea de confirmare a planului de reorganizare și s-a dispus intrarea în faliment a asociatului SA, întrucât la momentul aprobării raportului procedurii situația juridică era aceea a unei societăți în insolvență, având un plan de reorganizare aprobat de Adunarea Generală a Creditorilor, efectele hotărârii de intrare în faliment fiind suspendate.

Contestatoarea solicită Consiliului ca la pronunțarea deciziei să aibă în vedere toate argumentele dezvoltate în contestație și să înlăture ca nefondate apărările formulate de entitatea contractantă.

Față de toate cele de mai sus, contestatoarea solicită Consiliului să admită contestația formulată, să constate nelegalitatea excluderii asocierii din procedura de atribuire a acordului cadru, iar prin decizia pe care o va pronunța să dispună:

1. Anularea deciziei de excludere a asocierii ... din procedura de atribuire și anularea actelor subsecvente, inclusiv anularea în parte a raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019, publicat în SEAP în data de 30.10.2019, în ce privește excluderea ofertei Asocierii ... și declararea câștigătoare a ofertei SA;

2. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei subscrisei sub aspectul motivelor de excludere și stabilirea ofertantului câștigător cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire.

Prin adresa nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr./21.11.2019, SC SA,

depune „Cerere de intervenție accesorie în interesul..... SA” la contestația formulată de SC SRL, solicitând respingerea contestației, pentru lotul 4 formulată de SC ... SRL, ca neîntemeiată ca neîntemeiată și menținerea rezultatului procedurii pentru următoarele motive:

Intervenientul prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, justificând totodată admisibilitatea cererii de intervenție, raportat la dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 alin. (1) și (3) C. pr. Civ., doctrina, potrivit căreia cererea de intervenție în interesul uneia dintre părți este admisibilă dacă intervenientul accesoriu justifică un interes propriu, urmărind obținerea unui folos pentru sine.

Or, interesul ... SA de a interveni în procedura de soluționare a prezentei contestații este unul evident, deoarece oferta declarată câștigătoare prin raportul procedurii nr. 53.15/28.10.2019 îi aparține acesteia. Prin urmare, UTI FM urmărește, asemenea autorității contractante, ca Consiliul să constate legalitatea procedurii de atribuire și, pe cale de consecință, să respingă contestația formulate de SRL.

În consecință, cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante este admisibilă.

Pe fondul cauzei, intervenientul prezintă argumente cu privire la netemeinicia contestației formulată de către SRL pentru următoarele considerente:

1. Contrar susținerilor contestatoarei, ... se afla în procedura falimentului la data la care aceasta a fost exclusă din procedura de atribuire

Prin contestația formulată, ... TG a susținut că decizia de intrare în faliment a societății, era suspendată la data aprobării raportului procedurii nr. 53.15/28 octombrie 2019, astfel încât nu subzista motivul de excludere.

Cu toate acestea, contestatoarea se raportează în mod eronat la data emiterii raportului procedurii nr. 53.15/28 octombrie 2019, întrucât nu aceasta a fost data excluderii sale din procedura de atribuire. În realitate, așa cum rezultă din cuprinsul raportului procedurii, excluderea asocierii formate din ... TG și din procedura de atribuire a avut loc în urma finalizării evaluării ofertelor financiare, prin intermediul procesului-verbal de evaluare nr. 53.12.1 din data de 2 octombrie 2019.

De altfel, faptul că decizia de excludere din procedura de atribuire a fost anterioară momentului emiterii raportului procedurii este recunoscut și de către contestatoare, aspect ce reiese din petitul contestației, prin intermediul căruia ... TG a solicitat "anularea deciziei de excludere din procedura de atribuire și anularea actelor subsecvente, inclusiv anularea în parte a raportului procedurii nr. 53.15/28 octombrie 2019".

Prin urmare, contestatoarea a atacat decizia de excludere din procedura de atribuire, reprezentată de procesul-verbal de evaluare nr. 53.12.1/2 octombrie 2019, cerând anularea raportului procedurii numai în considerarea calității de act subsecvent față de decizia de excludere.

... a intrat în procedura falimentului la data de 24 septembrie 2019, odată cu pronunțarea Hotărârii nr. 5042/2019 de către Tribunalul, iar suspendarea hotărârii privind intrarea în faliment a fost încuviințată provizoriu ulterior datei de 2 octombrie 2019, prin încheierea nr. 74, pronunțată de Curtea de Apel la data de 9 octombrie 2019.

Prin urmare, la data respingerii ofertei contestatoarei, ... nu se afla în perioada de observație, cu plan de reorganizare aprobat de Adunarea Creditorilor, ci se afla în procedura falimentului.

Cu privire la critica formulată de contestatoare, referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu a menționat în cuprinsul procesului-verbal nr. 53.12.1/2 octombrie 2019 că hotărârea privind intrarea în faliment nu era definitivă, intervenientul menționează că entitatea contractantă nu avea obligația de a face o astfel de mențiuni.

Astfel, potrivit art. 43 alin. (4) din Legea nr. 85/2014, apelul nu suspendă, prin simpla sa formulare, executarea hotărârilor judecătorului-sindic. Totodată, conform art. 341 alin. (6) 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.

Prin urmare, hotărârea de intrare în procedura falimentului este executorie, iar legea nu distinge în privința efectelor acesteia în funcție de caracterul definitiv sau nedefinitiv al hotărârii.

2. Autoritatea contractantă a dispus în mod legal excluderea contestatoarei din procedura de atribuire

... nu se afla la momentul excluderii sale din procedura de atribuire în situația de excepție prevăzută de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, așa cum este specificat în contestație.

Prin raportare la aceste prevederi, contestatoarea a încercat să acrediteze ideea potrivit căreia operatorul economic aflat în insolvență nu poate fi exclus din procedura de atribuire fără a se verifica de către Autoritatea contractantă îndeplinirea condițiilor cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică.

Cu toate acestea, din interpretarea dispozițiilor menționate rezultă că situația de excepție prevăzută de art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 este incidentă numai în ipoteza în care operatorul economic se află în faza de observație sau în proces de reorganizare judiciară, nicidecum și atunci când cu privire la acesta a fost dispusă intrarea în faliment.

Intervenientul învederează îndrumările oferite de către Agenția Națională pentru achiziții publice.

Având în vedere că, în ipoteza în care un operator economic se află în procedura falimentului, entitatea contractantă nu îl mai poate menține în procedura de achiziție publică, este evident că nu se mai pune

problema verificării capacității sale de a executa contractul a cărui atribuire se urmărește prin această procedură.

Astfel, susținerile contestatoarei potrivit cărora, prin raportare la dispozițiile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale art. 57 alin. (6) din Directiva 2014/24, ori de câte ori operatorul economic insolvent demonstrează, prin orice mijloace, faptul că are capacitatea de a executa contractul, acesta nu poate fi exclus din procedura de atribuire, sunt neîntemeiate, întrucât această concluzie nu este valabilă în situația în care a fost deschisă procedura falimentului.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu avea obligația de a verifica dacă avea capacitatea de a executa obligațiile rezultate din contractul de achiziție publică.

..... era obligată să dispună excluderea contestatoarei din procedura de atribuire și nu putea reveni asupra acestei decizii.

În acest sens, intervenientul menționează că, odată ce constată faptul că unul dintre operatorii economici participanți la procedura de atribuire se afla într-o situație de excludere, autoritatea contractantă este obligată să procedeze de îndată la excluderea acestuia, aspect ce rezultă din prevederile art. 182 din Legea nr. 99/2016.

Mai mult decât atât, odată ce a fost luată decizia excluderii, iar a emis procesul-verbal nr. 53/12/2 octombrie 2019, autoritatea contractantă nu putea reveni asupra acesteia ulterior suspendării deciziei privind intrarea în faliment, neavând la dispoziție niciun mijloc legal în acest sens.

Argumentul contestatoarei referitor la obligativitatea evaluării unitare în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, invocat prin raportare la decizia de menținere a acesteia în procedura de achiziție publică privind lotul 2, în ciuda faptului că se afla în insolvență, este în mod evident neîntemeiat.

Prin urmare, aceste susțineri nu sunt de natură a înlătura obligativitatea excluderii contestatoarei din procedura de atribuire, ca urmare a intrării acesteia în procedura falimentului.

Modul în care a luat la cunoștință de intrarea societății în faliment este apt să conducă la excluderea acesteia din procedura de atribuire.

Cu privire la criticile contestatoarei privind modul în care autoritatea contractantă a luat la cunoștință de intrarea în faliment, intervenientul precizează că art. 180 și urm. din Legea nr. 99/2019 nu menționează că informațiile care au stat la baza deciziei de excludere ar trebui să fie obținute de către entitatea contractantă prin anumite căi.

Având în vedere faptul că decizia de excludere a avut la bază o informație publicată pe portalul instanțelor de judecată, nu exista nicio urmă de incertitudine cu privire la veridicitatea acesteia.

Mai mult decât atât, nu se poate pune problema încălcării principiului proporționalității sau a caracterului insuficient al verificărilor autorității

contractante cu privire la informațiile care au condus la decizia de excludere.

Acest aspect rezultă și din susținerile contestatoarei, care a arătat că, dacă i-ar fi solicitat clarificări, aceasta ar fi constatat că a fost încuviințată cererea de suspendare provizorie a executării sentinței privind respingerea planului de reorganizare și intrarea în faliment și ar fi reținut că debitoarea are capacitatea de a derula contracte de achiziție publică.

Informația privind intrarea societății în procedura falimentului a fost verificată de către autoritatea contractantă anterior dispunerii excluderii prin procesul-verbal nr. 53.12.1/2 octombrie 2019, și era valabilă la această dată, în consecință, criticile contestatoarei cu privire la încălcarea recomandării din considerentul (85) al Directivei 2014/24/UE, potrivit căruia deciziile autorităților contractante trebuie să se bazeze pe informații recente, sunt în mod evident neîntemeiate.

Intervenientul consideră ca entitatea nu avea obligația de a solicita societății ... TG clarificări cu privire la situația de excludere.

Studierea documentelor justificative reprezintă o verificare suplimentară a ofertei care a fost declarată conformă și s-a situat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire.

În concret, atâta timp cât un ofertant nu îndeplinește un criteriu de calificare în momentul evaluării ofertelor, este irelevant că acesta ajunge să îndeplinească acest criteriu ulterior, chiar dacă operatorul economic s-ar fi clasat pe primul loc în cazul depunerii unei oferte conforme.

Prin urmare, art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 este incident numai în ipoteza în care ofertantul care s-ar clasa pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire ar avea și o ofertă admisibilă, fiind imposibil de conceput că entitatea contractantă ar fi obligată să analizeze documentele justificative aferente unei oferte neconforme.

Or, deși contestatoarea ar fi ocupat poziția întâi, aspect ce rezultă din clasamentul intermediar, off-line, oferta depusă de aceasta nu era admisibilă.

... TG nu ocupă primul loc în clasamentul final al procedurii de atribuire, întrucât nici nu face parte din acest clasament, ca urmare a excluderii ofertei sale, acesta fiind și motivul pentru care autoritatea contractantă a solicitat UTI FM, ofertantului situat pe prima poziție în clasamentul final, să prezinte documentele justificative prevăzute de art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, iar nu societății ... TG.

Contestatoarea a susținut și că, potrivit Notificării ANAP privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale din data de 1 septembrie 2016, singura situație în care autoritatea contractantă are dreptul de a respinge o ofertă fără posibilitatea de a solicita clarificări este atunci când operatorul economic însuși completează DUAЕ cu informații care fac dovada neîndeplinirii cerințelor de calificare și selecție, ceea ce înseamnă că, comisia de evaluare a entității contractante a încălcat atribuția de a solicita clarificări pentru stabilirea situației actualizate a strii de insolvență.

Din cuprinsul notificării menționate rezultă că în cazul inadvertențelor de formă apărute în completarea DUAЕ, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în ipoteza în care inadvertențele sunt de fond, adică reprezintă informații completate de către ofertant care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare din fișa de date, respingerea ofertei este automată, fără a fi posibil ca autoritatea contractantă să solicite clarificări.

Prin urmare, notificarea face referire la o situație în care solicitarea de clarificări nu este permisă, neprecizând însă și vreo situație în care o astfel de măsură este obligatorie.

Prin raportare la aspectele mai sus menționate, rezultă că entitatea contractantă nu avea obligația de a-i solicita contestatoarei clarificări cu privire la situația de excludere anterior dispunerii excluderii acesteia din procedura de atribuire.

Faptul că asociatul a intrat în faliment, iar nu liderul de asociere, nu prezintă relevanță cu privire la dispunerea excluderii din procedura de atribuire

Intervenientul menționează că excluderea asocierii formate din ... TG și din procedura de atribuire nu a avut loc ca urmare a faptului că societatea se afla în insolventă sub forma reorganizării, ci ca o consecință a intrării acestei societăți în procedura falimentului. Prin urmare, ... nu se încadra în excepția prevăzută la art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Din cuprinsul art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, rezultă că orice operator economic aflat într-una dintre situațiile prevăzute de acest articol va fi exclus din procedura de atribuire, indiferent că acesta are calitatea de lider de asociere sau de asociat.

Această concluzie este întărită de prevederile secțiunii III. 1.1), potrivit căreia ofertanții, ofertanții asociați, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016.

În consecință, excluderea societății din procedura de atribuire era obligatorie.

Astfel, dacă falimentul unui membru al asocierii participante la procedura de atribuire intervine în cursul acestei proceduri, se pune exclusiv problema unei situații de excludere. O eventuală schimbare structurală poate fi pusă în discuție numai dacă falimentul intervine ulterior încheierii contractului, când excluderea nu mai este posibilă.

Intervenientul solicită Consiliului să respingă contestația formulată de SRL ca neîntemeiată, și să dispună menținerea rezultatului procedurii, în vederea încheierii contractului.

Prin adresa nr. 5047/26.11.2019 înregistrată la Consiliu cu nr. 48276/26.11.2019, entitatea contractanta transmite concluzii scrise, solicitând respingerea contestației formulate de către

Cu privire la susținerile reclamantei din contestație și din concluziile scrise nr. 2080/21.11.2019, entitatea contractantă învederează că și-a

întemeiat decizia de excludere a contestatoarei raportat la dispozițiile art. 180, alin. (1), lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea 99/2016 și cerințele fișei de date – Situația personală a candidatului sau ofertantului.

Contrar susținerii contestatoarei, data excluderii din procedura a ofertei contestatoarei este data de 02.10.2019, fapt consemnat în cadrul procesului-verbal nr. 53.12.1/02.10.2019.

La data de 02.10.2019, comisia de evaluare a finalizat evaluarea ofertelor depuse de către operatorii economici ofertanți în cadrul procedurii de atribuire a contractului.

Entitatea contractanta a luat la cunoștința de pe portalul instanțelor de judecată că, asupra societății, asociat în cadrul asocierii formata din - lider și SA - asociat, instanța de judecată s-a pronunțat, în cadrul dosarului nr. 29460/3/2017, la data de 24.09.2019 și a hotărât respingerea planului de reorganizare și a dispus intrarea în faliment a societății SA.

Astfel, entitatea contractanta a făcut aplicarea dispozițiilor art. 182 din Legea nr. 99/2016.

Urmare acestui fapt, entitatea contractantă a solicitat următorului ofertant declarat admisibil și clasat pe locul doi, documentele suport DUAE.

După verificarea documentelor suport DUAE, depuse de către ofertantul declarat admisibil și clasat pe locul doi, entitatea contractanta a finalizat raportul procedurii de atribuire la data de 28.10.2019 și a transmis către toți ofertanții, în data de 30.10.2019 comunicarea rezultatului procedurii.

Contrar susținerilor contestatoarei, atât în cadrul portalului instanțelor de judecată, www.portal.just.ro, cât și în cadrul Buletinului procedurilor de insolvență, se regăsesc informații publice, respectiv documente oficiale, iar o hotărâre judecătorească a unei instanțe de judecată reprezintă „o sursă de informație actualizată”.

De asemenea, informațiile din DUAE și documentele furnizate de către în cadrul procedurii de atribuire din prezenta cauză, în considerarea incidenței art. 180 alin. 2 din Legea nr. 99/2016 au fost analizate și verificate, prin aceeași modalitate, de către entitatea contractanta, respectiv cu informațiile și documentele publicate pe portal.just.ro și în cadrul buletinului procedurilor de insolvență, iar contestatoarea nu a contestat faptul că această modalitate de evaluare a entității contractante nu ar fi „o sursă de informație actualizată”.

Referitor la alegațiile contestatoarei privind obligativitatea solicitării de clarificări, în conformitate cu dispozițiile art. 205 din legea nr. 99/2016, entitatea contractantă menționează că societatea nu se mai afla în aceasta situație la data de 02.10.2019, data finalizării evaluării ofertelor, în raport de dispozițiile art. 182 din legea nr. 99/2016.

Astfel, entitatea contractantă a luat la cunoștință despre situația de fapt a societății SA - respingerea planului de reorganizare și intrarea în procedura generală a falimentului și a constatat incidența

dispozițiilor art. 180 alin. 1 lit. b) din legea nr. 99/2016 față de contestatoare.

Față de tabelul cronologic, prezentat de către contestatoare, entitatea contractantă menționează ca aceasta nu are calitate în cadrul procedurii de insolvență.

Pe parcursul procedurii de atribuire, la data finalizării evaluării ofertelor, societatea este în procedura de faliment, conform Hotărârii civile nr. 5042/2019 din data de 24.09.2019.

Entitatea contractanta a făcut aplicarea art. 182 din Legea nr. 99/2016.

La data de 28.10.2019, data finalizării raportului procedurii și data 30.10.2019, data comunicării rezultatului procedurii de atribuire a contractului, din prezenta cauza, față de societatea, instanța a dispuse prin încheierea de ședință din data de 22.10.2019 suspendarea provizorie a Hotărârii civile nr. 5042/2019 din data de 24.09.2019 până la soluționarea apelului.

Cu privire la acest aspect, entitatea contractanta, prin răspunsul subscrisei din data de 12.11.2019 la adresa contestatoarei nr. MTG 2183/30.10.2019 a comunicat că menține actele emise cu privire la prezenta procedura.

Entitatea contractanta a analizat dacă: operatorul economic Asocierea- lider și SA-asociat îndeplinește condițiile cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică, după cum urmează:

Față de societatea SA-asociat: încheierea de ședință din data de 22.10.2019 este o sentință provizorie, dispusa de către instanța până la judecarea apelului, aceasta nu este definitivă.

Astfel, potrivit sentinței civile nr. 5042/24.09.2019, ... SA este în faliment, încheierea de ședință din data de 22.10.2019 suspendă executarea sentinței civile nr. 5042/24.09.2019 până la soluționarea apelului și are în vedere «contractele în derulare.

Față de societatea- lider:- lider nu are capacitatea de a prelua și a derula contractul din prezenta cauza, astfel cum rezulta din contractul de asociere și informațiile DUAE ale:

Prin urmare, ..., conform informațiilor și documentelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, nu dovedește că are capacitatea de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică.

Față de cele menționate anterior, entitatea contractantă menționează că motivele pentru care oferta asocierea- lider și SA - asociat a fost declarata exclusa, aflându-se sub incidența art. 180, alin. (1), lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea 99/2016, sunt corecte.

În acest sens, entitatea contractantă solicită Consiliului să constate că susținerile invocate de către contestatoare pentru anularea deciziei de excludere a Asocierii ... din procedura de atribuire și anularea actelor

subsecvente, inclusiv anularea în parte a raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019, în ceea ce privește excluderea ofertei Asocierii ... și declararea câștigătoare a ofertei SA; precum și obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei, sunt nefondate.

Față de cele menționate, entitatea contractantă solicită Consiliului să constate ca cererea contestatoarei este neîntemeiată și nefondată și pe cale de consecință, să respingă contestația societății

În drept, entitatea contractantă invocă prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 99/2016, HG nr. 394/2016.

Prin adresa nr. 2097/26.11.2019 înregistrată la Consiliu cu nr. 48306/26.11.2019, contestatoarea transmite punctul său de vedere asupra cererii de intervenție în interesul entității contractante, solicitând respingerea acesteia ca nefondată, pentru următoarele considerente: SA nu se afla în procedura falimentului la data la care aceasta a fost exclusă din procedură; entitatea contractantă a dispus în mod nelegal excluderea subscrisei din procedură, întrucât ne aflăm în cazul de excepție prevăzut la dispozițiile art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016; entitatea contractantă avea obligația solicitării de clarificări subscrisei cu privire la situația de excludere; entitatea contractantă poate reveni asupra deciziilor luate în procedura de atribuire, dată fiind natura juridică a actelor emise.

În mod nefondat intervenienta susține că data la care a fost luată decizia de excludere este data emiterii procesului verbal nr. 53.12 din 02.10.2019 privind analiza rezultatului licitației electronice.

În opinia acesteia, ... SA s-ar fi aflat în procedura falimentului la data respingerii ofertei.

Dat fiind că hotărârile pronunțate de judecătorul sindic sunt executorii și că apelul împotriva acestora nu suspendă executarea, reprezintă pentru intervenientă argumente care ar conduce la ideea că SA s-ar fi aflat în procedura falimentului la data la care decizia entității contractante de a o exclude din procedură a fost luată.

Intervenientă apreciază în mod eronat că entitatea contractantă a luat decizia de excludere la data de 02.10.2019, data procesului verbal de finalizare a evaluării ofertelor financiare și nu la data aprobării raportului procedurii, respectiv 28.10.2019, care a fost adus la cunoștință ofertanților prin publicarea în SEAP în data de 30.10.2019.

Cu privire la atribuțiile comisiei de evaluare, contestatoarea învederează dispozițiile art. 72 și art. 73 alin. (3) din HG 394/2016.

Propunerea comisiei de evaluare cu privire la excluderea ofertanților sau cu privire la caracterul acceptabil al ofertelor nu produce niciun efect juridic până la data aprobării raportului procedurii.

Înainte de aprobarea raportului procedurii, entitatea contractantă avea obligația solicitării de clarificări de la ofertant pentru informații actualizate în ce privește situația din dosarul de insolvență

Intervenientul mai arată că suspendarea hotărârii privind intrarea în faliment a fost încuviințată provizoriu ulterior datei de 2 octombrie 2019,

prin încheierea 74 pronunțată de Curtea de Apel la data de 9 octombrie 2019, astfel la data respingerii ofertei contestatoarei, ... nu se afla în perioada de observație, cu plan de reorganizare aprobat de Adunarea Creditorilor, așa cum susține contestatoarea, ci se afla în procedura falimentului.

Entitatea contractantă cunoscând, încă de la data de 02 octombrie 2019 că în dosarul de insolvență s-a formulat atât apel împotriva hotărârii de intrare în faliment, cât și cerere de suspendare, avea obligația ca, la data aprobării raportului procedurii și a luării deciziei de excludere - după aproape o lună de la data procesului verbal - să verifice informațiile actualizate cu privire la starea asociatului

Intervenienta susține legalitatea măsurii adoptate de entitatea contractantă de excludere a asocierii ... din procedură prin argumentul că petenta nu se afla sub incidența dispozițiilor art. 180 alin. (2) din Legea 99/2016, întrucât era în stare de faliment și nu de insolvență și că odată luată măsura excluderii, entitatea contractantă nu putea reveni asupra acesteia.

Contestatoarea solicită Consiliului să înlăture aceste apărări, menționând că argumentul intimatei se bazează exclusiv pe susținerile precedente ale acesteia referitoare la data la care a fost luată decizia de excludere a Asocierii ..., aspecte asupra cărora ne-am exprimat punctul de vedere mai sus.

La data deciziei de excludere, ... SA se afla în procedura insolvenței, cu plan de reorganizare aprobat de Adunarea Creditorilor. Data deciziei de excludere a Asocierii ... este data aprobării raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019 și nu data procesului verbal nr. 53.12/2.10.2019 privind evaluarea ofertelor financiare.

Intervenientul susține că entitatea contractantă nu are la îndemână niciun mijloc legal de a se opune obligației de excludere a unui ofertant aflat în una din situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 din legea nr. 99/2016, că obligația de excludere trebuie luată de îndată ce ia la cunoștință despre o astfel de situație și că o astfel de decizie este irevocabilă.

Intervenienta subliniază că entitatea contractantă, la primirea sau identificarea informațiilor referitoare la un caz de excludere, are obligația de îndată de a proceda la excluderea ofertantului.

Cerința obligatorie pentru entitatea contractantă este însă aceea ca la data emiterii deciziei de excludere, să dețină documente actualizate din care să rezulte starea de fapt și de drept a ofertantului exclus.

Or, în cauza de față, entitatea contractantă a emis decizia de excludere pe baza unor informații incomplete.

Aceasta înseamnă că entitatea contractantă avea obligația solicitării de clarificări asocierii ... la data la care ar fi luat cunoștință, prin orice mijloace, de existență sau intervenirea unui caz de excludere din cele prevăzute la art. 177, art. 178 și art. 180 din lege.

Obligația de solicitare clarificări rezultă atât din prevederile art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, cât și din cele ale art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea 99/2016 cu privire la principiul proporționalității.

Nu poate fi reținută ca fiind corectă nici afirmația intervenientei că petenta nu s-ar fi aflat pe locul I în "clasamentul final" al ofertanților, drept pentru care nu subzistă obligația entității contractante de solicitare a documentelor actualizate pentru DUAE.

Pentru a înlătura orice confuzie cu privire la clasamentul ofertanților în derularea etapelor procedurii de atribuire, contestatoarea apreciază că se impune a clarifica faptul că obligația entității contractante de a solicita ofertantului să prezinte documente actualizate în susținerea informațiilor din DUAE intervine la momentul evaluării ofertelor prin aplicarea criteriului de atribuire.

În mod incorect intervenientă indică raportul procedurii cu clasamentul final ca fiind cel care dă naștere obligației entității contractante de a solicita documente în susținerea DUAE.

Clasamentul menționat de intervenientă, respectiv cel din raportul procedurii privește exclusiv stabilirea ofertantului câștigător.

Contestatoarea solicită Consiliului să înlătore aceste argumente ale intervenientei întrucât sunt neîntemeiate.

Entitatea contractantă a propus excluderea automata a asocierii ..., cunoscând încă de la data emiterii procesului verbal nr. 53.12/02.10.2019 că se află în curs de soluționare cererea de suspendare a efectelor Hotărârii privind respingerea planului de reorganizare și intrarea în faliment a SA.

Față de raportarea actelor procedurii de insolvență la deciziile entității contractante, contestatoarea precizează următoarea:

- Hotărârea intermediară de respingere a planului de reorganizare și trecere la faliment a asociatului SA era la data aprobării raportului procedurii, suspendată prin hotărâre a instanței de judecată, astfel că nu subzistă motivul de excludere invocat de entitatea contractantă. Aceasta avea obligația solicitării de informații actualizate la data deciziei de excludere;

- Entitatea contractantă, având în vedere clasamentul ofertelor, avea obligația de a solicita operatorului economic aflat pe locul 1, respectiv asocierii ..., informații actualizate privind informațiile cuprinse în DUAE;

- La data aprobării raportului procedurii SA, asociat al ofertantei excluse, asocierea ..., se afla în perioada de observație, cu un plan de reorganizare acceptat de Adunarea Generală a Creditorilor, conform procesului verbal din data de 15.07.2019;

- Operatorul economic aflat în insolvență nu poate fi exclus din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, fără a se verifica de către autoritatea contractantă îndeplinirea condițiilor cu privire la capacitatea operatorului de a continua activitatea și de a executa obligațiile contractului de achiziție publică; din actele depuse la dosarul

cauzei rezultă că SA, asociat al ofertantei Asocierea ... are capacitatea de a-și executa obligațiile contractuale.

Comisia de evaluare arată că s-a informat de pe portalul instanțelor cu privire la dosarul nr. 29460/3/2017, având ca obiect insolvența asociatului SA și a constatat că în cauză s-a respins planul de reorganizare a societății și s-a dispus trecerea la faliment, însă a omis să consemneze în procesul verbal nr. 53.12/02.10.2019 că hotărârea nu era definitivă, deși deținea informații în acest sens.

Conform procesului verbal nr. 53.12/02.10.2019 privind analiza rezultatului licitației electronice lot 3, clasamentul ofertelor indică Asocierea ... pe locul 1, ... pe locul 2 și Ltd pe locul 3.

Entitatea contractantă a cunoscut încă de la data la care a întocmit procesul verbal nr. 53.12/02.10.2019, că hotărârea pe care o invocă pentru propunerea de excludere a asocierii ... nu era definitivă, că împotriva acesteia s-a declarat apel și că s-a solicitat suspendarea acesteia.

În concluzie, la data emiterii raportului procedurii, asociatul SA era în perioada de observație, cu un plan de reorganizare aprobat de Adunarea Creditorilor.

În aceste condiții, entitatea contractantă avea obligația aplicării dispozițiilor art. 180 alin. (2) din Legea 99/2016, fiindu-i interzisă excluderea ofertantului doar pentru motivul stării sale de insolventă.

Fată de toate menționate, contestatoarea solicită Consiliului să respingă cererea de intervenție ca nefondată și să admită contestația noastră.

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

..... a inițiat o licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Furnizare echipamente de control de securitate, pe loturi”, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. CN 1011790 din 05.06.2019. Valoarea estimată a acordului-cadru este de 19.720.809,37 lei, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Prin raportul procedurii nr. 53.15 din 28.10.2019, publicat în SICAP în data de 30.10.2019, oferta asocierii SC SRL – SC SA, depusă pentru lotul 3, deși după desfășurarea etapei finale de licitație electronică s-a clasat pe primul loc, a fost exclusă din procedura pentru acest lot, aflându-se în situația de excludere de la art. 180 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea nr. 99/2016. În raport, autoritatea menționează că, înainte de solicitarea documentelor suport DUAЕ pe care ar fi trebuit să o transmită asocierii contestatoare, situată pe primul loc în clasamentul ofertelor admisibile, comisia de evaluare a luat cunoștință, de pe portalul Tribunalului, de faptul că, la data de 24.09.2019, în dosarul nr. 29450/3/2017, a fost respinsă cererea de confirmare a planului de reorganizare și s-a dispus intrarea în faliment a asociatului

SC SA, astfel încât s-a dispus excluderea din procedură a asocierii SC SRL – SC SA.

Decizia a fost comunicată asocierii amintite prin adresa nr. 3093 din 01.10.2019.

Împotriva acestei decizii a entității contractante, SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC SA, a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cautiunea în valoare de 191.750,40 lei, cu recipisa de consemnare nr. 205880301/1 din 15.11.2019, emisă de CEC Bank SA – Sucursala Victoria), solicitând:

- anularea deciziei de excludere a asocierii „...” din procedura de atribuire și anularea actelor subsecvente, inclusiv anularea în parte a raportului procedurii nr. 53.15/28.10.2019, publicat în SEAP în data de 30.10.2019, în ce privește excluderea ofertei asocierii „...” și declararea câștigătoare a ofertei SC SA;

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei sub aspectul motivelor de excludere și stabilirea ofertantului câștigător cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire.

Consiliul încuviințează în principiu, cererea de intervenție depusă de SC SA, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare pentru lotul 3, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei.

Pe fondul cauzei, verificând legalitatea deciziei entității contractante de a exclude din procedura de atribuire pentru lotul 3 oferta prezentată de asocieria SC SRL – SC SA, Consiliul constată, ca un prim aspect, faptul că, în urma desfășurării etapei finale de licitație electronică, așa cum este consemnat în procesul-verbal nr. 53.12 din 02.10.2019, oferta acestei asocieri s-a clasat pe locul 1 în clasamentul ofertelor admisibile pentru lotul 3, cu 99,49 puncte.

Dispozițiile art. 205 din Legea nr. 99/2016, stabilesc următoarele:

“(2) Înainte de atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, entitatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUA.

(4) Entitatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la [alin. \(1\)](#) sau [\(2\)](#).”

Din susținerile părților și din raportul procedurii, rezultă că entitatea contractantă nu a cerut asocierii clasată pe primul loc în clasamentul pentru lotul 3 prezentarea documentelor justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUA, așa cum o obligă legea, fiind reținută, astfel, în sarcina entității o primă încălcare a obligațiilor ce îi revin.

Astfel, și invitarea ofertantei clasate pe locul al doilea la a prezenta documentele justificative ale informațiilor cuprinse în DUAЕ s-a realizat în mod nelegal, în condițiile în care, potrivit art. 73 alin. (1) din HG nr. 394/2016, *"În situația în care, în urma demersurilor realizate de entitatea contractantă în baza art. 205 [alin. \(2\)](#) din Lege, ofertantul clasat pe primul loc nu demonstrează în mod corespunzător îndeplinirea integrală a tuturor criteriilor de calificare, entitatea contractantă solicită ofertantului clasat pe locul următor să depună toate documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare."* Reiese, din acest text, că legala verificare a cerințelor de calificare pentru ofertantul clasat pe locul secund se realizează numai în urma demersurilor realizate de entitatea contractantă în baza art. 205 [alin. \(2\)](#) din lege.

Fără a cere asocierii amintite documentele justificative actualizate în dovedirea îndeplinirii cerințelor de calificare, inclusiv a neîncadrării în motivele legale de excludere, entitatea, pe baza informațiilor publice regăsite în spațiul informatic (Portalul Tribunalului), prin același proces-verbal din 02.10.2019, a stabilit că membrul asocierii SC SA se află în situația de excludere prevăzută la art. 180 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 182 din Legea nr. 99/2016.

Potrivit art. 180 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, *"Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/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."*, iar conform art. 182 din lege, *"Entitatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire, în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire."*

Pe de altă parte, Consiliul observă că legiuitorul a stabilit, prin prevederea de la art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, faptul că *"Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) [lit. b\)](#), entitatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență și care se află în perioada de observație atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic sau în orice alt mod, stabilește că operatorul economic în cauză are capacitatea de a executa contractul sectorial/acordul-cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activității. 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 procesului de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță."*

De asemenea, relevante în prezenta speță sunt și prevederile de la art. 184 din Legea nr. 99/2016:

"(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#) le poate furniza entității contractante, în sensul prevederilor [alin. \(1\)](#), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite."

Ce rezultă din reglementările coroborate ale art. 180 alin. (2) și art. 184 din Legea nr. 99/2016 este faptul că entitatea contractantă este ținută să permită (evident, la solicitarea sa) ofertantului să prezinte dovezile necesare pentru ca situația de excludere să nu opereze, conform excepțiilor prevăzute de lege.

Or, în prezenta cauză nu rezultă ca entitatea ar fi efectuat vreun astfel de demers cu asocierea ofertantă, ca urmare a luării la cunoștință a informațiilor de pe portalul instanței.

În această situație, Consiliul reține o a doua încălcare a legii de către entitatea contractantă în ceea ce privește evaluarea ofertei asocierii SC SRL – SC SA, depusă pentru lotul 3.

Față de susținerile părților referitoare la situația juridică a ofertantei la data luării deciziei de excludere din procedură, Consiliul observă mențiunea entității care pretinde că data excluderii din procedură a asocierii contestatoare a fost data de 02.10.2019, aspect consemnat în procesul-verbal nr. 53.12.1. din 02.10.2019, astfel încât suspendarea executării hotărârii judecătorești ce a determinat excluderea din

procedură nu este aplicabilă, fiind ulterioară deciziei de excludere din data de 02.10.2019.

Cu privire la această interpretare a entității, Consiliul reține următoarele dispoziții legale:

- art. 133 din HG nr. 394/2016

"(1) În raport cu sarcinile și responsabilitățile stabilite, comisia de evaluare are, în ansamblu, următoarele atribuții:

a) deschiderea ofertelor și, după caz, a altor documente care însoțesc oferta;

b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați;

i) elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare și/sau ofertelor;

j) stabilirea solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii;

k) stabilirea ofertelor admisibile;

l) aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare, astfel cum a fost prevăzut în anunțul de participare/simplificat/de concurs;

m) stabilirea ofertei/ofertelor câștigătoare sau, după caz, formularea propunerii de anulare a procedurii;

n) elaborarea proceselor-verbale aferente fiecărei ședințe, a rapoartelor intermediare aferente fiecărei etape în cazul procedurilor cu mai multe etape și a raportului procedurii de atribuire.

(2) Rapoartele intermediare și raportul procedurii de atribuire se înaintează de către președintele comisiei de evaluare conducătorului entității contractante spre aprobare.

(3) În cazul în care nu aprobă raportul procedurii, conducătorul entității contractante va motiva în scris decizia sa și poate, după caz:

a) returna raportul, o singură dată, comisiei de evaluare spre corectare sau reevaluare parțială;

b) solicita o reevaluare completă, caz în care o nouă comisie de evaluare va fi numită."

- art. 73 din HG nr. 394/2016

„(3) Comisia de evaluare are obligația elaborării raportului procedurii de atribuire în condițiile [art. 230](#) din Lege, care se aprobă de către conducătorul entității contractante.

(4) Raportul procedurii se încarcă în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat.

(5) După aprobarea raportului procedurii de atribuire prevăzută la alin. (3), entitatea contractantă are obligația informării ofertanților cu respectarea prevederilor [cap. V](#) secțiunea a 13-a din Lege."

- art. 230 din Legea nr. 99/2016

„(1) Entitatea contractantă are obligația de a întocmi raportul procedurii de atribuire pentru fiecare contract sectorial atribuit sau acord-cadru încheiat, precum și pentru fiecare sistem dinamic de achiziții lansat.

(2) Raportul procedurii de atribuire prevăzut la [alin. \(1\)](#) trebuie să cuprindă cel puțin următoarele documente/informații: a) denumirea și adresa entității contractante, obiectul și valoarea contractului sectorial/acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziții;

b) dacă este cazul, rezultatele procesului de calificare și/sau selecție a candidaților/ofertanților și/sau reducerea numărului acestora pe parcursul procedurii de atribuire;

c) motivele respingerii unei oferte care are un preț neobișnuit de scăzut;

d) denumirea ofertantului declarat câștigător și motivele pentru care oferta acestuia a fost desemnată câștigătoare;

e) în măsura în care sunt cunoscute, partea/părțile din contractul sectorial/acordul-cadru pe care ofertantul declarat câștigător intenționează să o/le subcontracteze unor terți și denumirea subcontractanților;

f) justificarea motivelor privind alegerea procedurii de atribuire, în cazul aplicării procedurii de negociere fără invitație prealabilă la procedura concurențială de ofertare;

g) justificarea motivelor pentru care entitatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire;

h) atunci când este cazul, motivele pentru care au fost folosite alte mijloace de comunicare decât cele electronice pentru depunerea ofertelor;

i) atunci când este cazul, conflictele de interes identificate și măsurile luate în acest sens.”

- art. 228 din Legea nr. 99/2016:

„(1) Entitatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție sectorială/acordului-cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective.

(2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la [alin. \(1\)](#), entitatea contractantă are obligația de a cuprinde:

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

Rezultă, din economia textelor de lege citate, că actul decizional al entității contractante este raportul procedurii, al cărui conținut și ale cărui condiții de emitere, aprobare și publicitate sunt reglementate expres de legiuitor în sensul celor arătate mai înainte.

Din textul art. 73 alin. (5) din HG nr. 394/2016, rezultă că informarea ofertanților, cu privire la deciziile entității contractante referitoare la ofertele primite, se realizează după aprobarea raportului procedurii de atribuire de către conducătorul acesteia. Mai mult, acesta din urmă, conform art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016, în cazul în care nu aprobă raportul procedurii, va motiva în scris decizia sa și poate, după caz:

a) returna raportul, o singură dată, comisiei de evaluare spre corectare sau reevaluare parțială;

b) solicite o reevaluare completă, caz în care o nouă comisie de evaluare va fi numită.

Drept urmare, este evident că, până la aprobarea raportului procedurii de către conducătorul entității contractante, deciziile comisiei de evaluare, consemnate în acest raport, sunt supuse revizuirii, comisia de evaluare putând fi obligată, de către conducătorul entității, la corectarea sau reevaluarea parțială a raportului procedurii, inclusiv a deciziilor cuprinse în acesta, referitor la ofertele primite.

Deciziile comisiei de evaluare sunt finale abia după aprobarea raportului procedurii de către conducătorul entității contractante, moment urmat de comunicarea către participanții la procedură a deciziilor luate, în conformitate cu prevederile art. 228 din Legea nr. 99/2016, respectiv cu indicarea motivelor pentru care acele decizii au fost adoptate.

Drept urmare, în contextul de fapt și de drept expus, Consiliul stabilește că, până la data emiterii raportului procedurii din data de 28.10.2019, îi revenea entității contractante sarcina de a evalua oferta asocierii contestatoare în conformitate cu prevederile legale citate mai înainte, ce reglementează prezentarea documentelor suport DUAЕ, situațiile de excludere din procedură, excepțiile de la acestea și conduita părților într-o atare situație.

Consiliul nu își va extinde cercetarea cu privire la actele prezentate de contestatoare în susținerea poziției sale procesuale, deoarece este necesar ca ele să fie înaintate întâi entității contractante și analizate de comisia de evaluare, așa cum stabilesc dispozițiile coroborate ale art. 205, art. 180 alin. (2) și art. 184 din Legea nr. 99/2016, rezultatul analizei urmând a fi consemnat într-un raport al procedurii, emis după parcurgerea tuturor etapelor legale de analiza și evaluare a ofertei.

În concluzie, Consiliul stabilește că entitatea contractantă nu a realizat o evaluare completă și legală a ofertei asocierii SC SRL – SC SA, situație în care contestația se vădește a fi fondată.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL

- SA, și să anuleze raportul procedurii în partea dedicată lotului 3, precum și comunicările realizate pentru acest lot.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusă de asocierea SC SRL – SC SA pentru lotul 3.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației, Consiliul stabilește că cele evocate în cererea de intervenție depusă sunt nefondate, astfel încât Consiliul va respinge cererea de intervenție depusă de SC SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL - SA, în contradictoriu cu

Anulează raportul procedurii în partea dedicată lotului 3, precum și comunicările realizate pentru acest lot.

Obligă entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusă de asocierea SC SRL – SC SA pentru lotul 3.

Încuviințează în principiu și respinge cererea de intervenție depusă de SC SA.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în 5 exemplare, conține 34 pagini.