# CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

**Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România**
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro


**În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE
**Nr. ....**
**Data: 12.06.2018**

Prin contestaţia nr. 171/07.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 18235/08.05.2018, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în …, formulată împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 1468L/25.04.2018, emis de către ..., cu sediul în …. în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„Execuție lucrări pentru obiectivele de investiții din cadrul Programului național de construcții de interes public sau social din Subprogramul Așezăminte culturale - Pachet 143 lot 1-3”* - lot 2 *„Construire centru cultural comuna …”,* s-a solicitat *anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii, reluarea procesului de evaluare a ofertei sale şi încadrarea acesteia în categoria celor admisibile în faza de verificare a DUAE.*

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ...SRL reclamă decizia autorităţii contractante de a respinge oferta sa ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În fapt, în cuprinsul DUAE s-a menţionat că împotriva sa a fost deschisă procedura generală a insolvenţei, potrivit Legii nr. 85/2014 - Dosar nr. 6794/105/2017, aflat pe rolul Tribunalului Prahova. La termenul din data de 03.04.2018, instanţa a stabilit continuarea perioadei de observaţie şi întocmirea tabelului definitiv al creanţelor, iar următorul termen în dosar a fost stabilit pentru 21.05.2018.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă în data de 13.04.2018, petenta a prezentat mai multe înscrisuri (rapoarte întocmite de administratorul judiciar, nr. 1, 2, 3, contract de lucrări nr. 21528/22.12.2017, încheiat între Comuna Valea Călugarească şi SC ...SRL), prin care a dovedit că se regăseşte în situaţia derogatorie prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a exclus oferta din procedură, iar prin adresa nr. 1468L/25.04.2018 - Comunicare rezultat parţial s-a precizat *„comisia apreciază că explicaţiile prezentate de dumneavoastră sunt neconcludente, drept pentru care oferta este declarată incceptabilă în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016".*

Astfel, contestatoarea apreciază că soluţia promovată de autoritatea contractantă este netemeinică şi nelegală pentru următoarele considerente:

În primul rând, textul legal menţionat (art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016) impune *(„... nu exclude ...")* autorităţii contractante să permită operatorului economic aflat în procedura insolvenţei participarea la o procedură de atribuire dacă acesta fie se află în perioada de observaţie, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară.

Prin urmare, nu este conferit autorităţii contractante un drept de apreciere cu privire la oportunitatea menţinerii ofertantului aflat în insolvenţă în procedura de atribuire, ci este instituită o adevarată obligaţie în sarcina acesteia de a evalua o ofertă prezentată în aceste condiţii, dacă operatorul economic se află în una din situaţiile menţionate.

Textul legal distinge între două ipoteze: ofertantul se află fie în perioada de observaţie și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță. În opinia petentei, în speţă, are relevanță prima ipoteză.

Perioada de observaţie este, conform art. 5 pct. 42 din Legea nr. 85/2014 perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare. Contestatoarea susține că se află în această fază, astfel cum se poate constata atât din înscrisurile prezentate prin adresa depusă în SEAP (20.04.2018), semnată cu semnătură electronică extinsă și înregistrată la CNI sub nr. 1407L/23.04.2018, cât și analizând site-ul portal.just.ro.

Mai mult, a adoptat măsurile pentru întocmirea unui plan de reorganizare urmărind permanent continuarea activității. A prezentat autorității contractante mai multe contracte de achiziţie publică încheiate atât înainte de deschiderea procedurii insolvenței, cât și după această dată, care certifică tocmai continuarea activității în condiţii normale, o parte din obiectivele de investiţii fiind finalizate, celelalte aflându-se în diferite faze de execuţie.

În opinia petentei, comisia de evaluare și-a fundamentat soluţia de respingere a ofertei sale pe elemente care nu au relevanță în aplicarea prevederilor Legii nr. 98/2016, analizând aspecte de fond ale dosarului de insolvență, cu depășirea evidentă a ariei sale de competență, cu toate că potrivit art. 77 din Legea nr. 85/2014, debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii. Autoritatea contractantă invocă, astfel, în mod eronat, neexercitarea unei căi de atac împotriva actului de control fiscal încheiat de Direcţia Generală Regională a Finanţelor Publice, deoarece s-a arătat că împotriva acestui raport de inspecţie fiscală, care a determinat declanşarea procedurii de insolvență, a fost formulată contestație, în temeiul prevederilor Legii nr. 207/2015 privind Codul de procedura fiscală, cu modificările și completările ulterioare și ale Legii nr. 544/2004, a contenciosului administrativ, cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, petenta învederează Consiliului că simpla verificare a succesiunii etapelor procesuale ar fi convins autoritatea contractantă că nu putea depune un tabel definitiv al creanţelor, întrucât se aflau în soluţionare mai multe contestații. Tabelul preliminar se consolidează odată cu rămânerea definitivă a hotărârii judecătoreşti prin care s-au soluționat contestațiile (hotărârea judecătorească este supusă căii de atac a apelului în termen de 7 zile, fiind comunicată părților în data de 24.04.2018, conform recipisă poștă, potrivit art. 112 din Legea nr. 85/2014).

Ofertantului nu i se poate refuza încadrarea în prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în condiţiile în care a făcut dovada deschiderii procedurii de insolvenţă, aflându-se în perioada de observaţie, a luării măsurilor impuse de lege.

Procedura insolvenței este cea care guvernează activitatea ofertantului și care se aplică de către organe investite cu putere de stat, care realizează un serviciu public, și anume instanța judecătorească, judecătorul sindic, administratorul judiciar și lichidatorul. Aceste organe trebuie să asigure efectuarea cu celeritate a actelor și operaţiunilor prevăzute de lege, precum și realizarea în condiţiile legii a drepturilor și obligaţiilor celorlalţi participanţi la aceste acte și operaţiuni, acestea fiind singurele care pot să stabilească în ce condiţii și când se întocmeşte și aprobă planul de reorganizare. Petenta arată ca nu poate stabili momentul aprobării planului de reorganizare, ci doar să depună diligențele necesare pentru întocmirea acestui plan.

Prin adresa nr. 18651/….-C4/09.05.2018, Consiliul a înştiinţat autoritatea contractantă despre depunerea contestaţiei de către SC ...SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestaţie, copia dosarului achiziției, copia DUAE și a documentelor justificative depuse de contestatoare, precum și corespondența purtată cu aceasta pe perioada de evaluare a ofertelor.

Autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate și necesare în soluționarea prezentei contestații, atașate punctul său de vedere nr. 17552/14.05.2018, înregistrat la Consiliu cu nr.

19336/14.05.2018, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

În fapt, în urma verificării formularului DUAE, comisia de evaluare a solicitat SC ...SRL clarificări cu privire la starea de de insolvenţă. Având în vedere că SC ...SRL a declarat în DUAE şi a depus documente care confirmă deschiderea procedurii generale a insolvenţei, comisia de evaluare a solicitat documente, conform art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa depusă în SEAP (20.04.2018), semnată cu semnătură electronică extinsă şi înregistrată la CNI sub nr. 1407L/23.04.2018, contestatoarea a prezentat următorul răspuns: *"Societatea se află în insolvenţă, aşa cum e publicat în BPI 177621/27.09.2017, la solicitarea noastră, datorită unui control fiscal de fond realizat de către Direcţia Generala Regională a Finanţelor Publice Ploieşti, în urma căruia s-au stabilit contribuţii fiscale de plată în plus. Împotriva acestui raport fiscal am depus contestaţie pentru anularea actului de control, întrucât considerăm că nu sunt corect stabilite conform Cod fiscal.*

*Pe perioada aceasta, până la stabilirea în instanţă a sumelor corect datorate, ne-am văzut nevoiţi a declara insolvenţa prin reorganizare, deoarece plata prin eşalonare recomandată de către ANAF nu o puteam accepta, întrucât nu suntem de acord să ne însuşim debitele stabilite suplimentar prin neacordarea deductibilităţii din punct de vedere fiscal a unor costuri directe realizate în activitatea noastră economică (cheltuieli de transport, cheltuieli reparaţii auto, echipamente şi unelte prin service-uri autorizate, prestări servicii efectuate de terţi etc.).*

*În acest moment ne aflăm în procedura de reorganizare judiciară în faza de observaţie şi am adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea activităţii curente. Vă ataşăm prezentei adrese Rapoartele întocmite de către administratorul judiciar prin care se recomandă întocmirea unui plan de reorganizare, întrucat îndeplinim condiţiile impuse de lege, rapoartele nr. 1/09.10.2017, nr. 2/25.10.2017 şi nr. 3/03.04.2018.*

*Societatea îndeplineşte condiţiile întrucât îşi derulează activitatea curentă într-un mod sustenabil, având contracte ferme în derulare până în anul 2020, şi anume:*

*- Construire cimitir uman „Lumina" - Municipiul Câmpina, valoare contract fără TVA 1.781.171,83 lei, termen execuţie 03.06.2019;*

*- Construire cămin cultural comuna Colceag, valoare contract fără TVA 1.415.764,01 lei, termen de execuţie 31.12.2018;*

*- Reabilitare, modernizare şi transformare cămin de nefamilişti nr. 2 (S+P+4E), în locuinţe sociale, com. Valea Călugărească, jud. Prahova, cod CPV: 45211000-9 - Lucrări de construcţii de imobile colective şi de case individuale (Rev 2) - valoare contract fără TVA 2.681.569,38 lei, termen de execuţie 31.12.2020, procedura de achiziţie publică încheiată după momentul declanşării procedurii de insolvenţă, contract încheiat în luna decembrie 2017.*

*Deţinem personal calificat în toate categoriile profesionale, specifice activităţii de construcţii civile, avem contracte în derulare cu*

*diverşi furnizori de materiale. Considerăm că activitatea noastră de execuţie lucrări, în acest moment, nu este afectată de faptul că ne aflăm în insolvenţă, din punct de vedere al disciplinei şi calităţii în construcţii".*

Răspunsul de mai sus a fost însoţit de următoarele documente (documente transmise şi iniţial în cadrul ofertei):

- Contract de lucrări nr. 21528/22.12.2017, încheiat între Comuna Valea Călugărească şi SC ...SRL, al cărui obiect este: Reabilitare, modernizare şi transformare cămin de nefamilişti nr. 2 (S+P+4E), în locuinţe sociale, com. Valea Călugărească, jud. Prahova, preţul contractului este de 2.681.569,38 lei, fără TVA, termen de execuţie 36 luni.

- Raport privind modul de îndeplinire a atribuţiilor pentru debitoarea ...SRL, întocmit în temeiul art. 92 din Legea nr. 85/2017 de către …., la data de 09.10.2017;

- Raport privind analiza cauzelor şi împrejurărilor care au dus la apariţia stării de insolvență pentru debitorul ...SRL, întocmit în baza art. 97 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 85/2017 de către ..., la data de 09.10.2017;

- Raportul privind descrierea modului de îndeplinire a atribuţiilor pentru debitorul ...SRL întocmit de ..., cu nr. 1157/02.04.2018.

Având în vedere că SC ...SRL a depus, în cadrul ofertei, contestaţia împotriva Direcţiei Generale Regionale a Finanţelor Publice Ploieşti, fără a depune o soluţionare a acestei contestaţii, autoritatea apreciază că respectiva creanţă nu este definitivă pentru a fi trecută în tabelul final al creditorilor alături de alte creanţe ale ofertantului. Perioada de observaţie este perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii şi data de confirmare a planului său de reorganizare, în temeiul Legii nr. 85/2006, actualizată, privind legea insolvenţei.

Mai mult, petenta nu a depus în cadrul ofertei şi nici ca răspuns la clarificarea din data de 20.04.2018, tabelul definitiv al creanţelor necontestate sau contestate şi stabilite ca finale, tabel care trebuie cuprins şi în planul de reorganizare. Acest plan trebuie aprobat de adunarea creditorilor în prima etapă, după care trebuie aprobat de instanţă.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că, în mod corect, comisia de evaluare a considerat explicaţiile prezentate de contestatoare ca fiind neconcludente, drept pentru care oferta este declarată incceptabilă în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 şi a fost exclusă, conform prevederilor art. 167. alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

*Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:*

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de cerere de oferte/procedura simplificată – într-o singură etapă, în vederea încheierii contractului având ca obiect *„Execuție lucrări pentru obiectivele de investiții din cadrul Programului național de construcții de interes public sau social din Subprogramul Așezăminte culturale - Pachet 143 lot*

*1-3" - lot 2 „Construire centru cultural comuna Bănești, județul Prahova".* În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare simplificat nr. 423037/22.02.2018, valoarea estimată a procedurii fiind de 7.319.586 lei, fără TVA, data limită pentru depunerea ofertelor în SEAP fiind stabilită la data de 21.03.2018, ora 15:00.

În cadrul procedurii de atribuire, conform documentului *„Declarație",* înregistrat sub nr. 1197L/04.04.2018, pentru lotul 2, au fost depuse două oferte, printre care și cea a contestatoarei SC ...SRL.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire privind lotul 2 *„Construire centru cultural comuna Bănești, județul Prahova"* a formulat contestație ofertantul SC ...SRL, cu respectarea prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, parcurgând procedura notificării prealabile.

Astfel că, nemulţumită de rezultatul procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 1468L/25.04.2018, SC ...SRL a formulat prezenta contestaţie, solicitând anularea adresei nr. 1468L/25.04.2018, a tuturor actelor administrative care au stat la baza emiterii deciziei și a celor subsecvente și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei sale și încadrarea acesteia în categoria celor admisibile în faza de verificare a formularelor DUAE.

Consiliul constată că prin actul atacat, respectiv adresa nr. 1468L/25.04.2018, autoritatea contractantă a adus la cunoștință acesteia următoarele:

*„În conformitate cu prevederile art. 214 alin. 2 din legea 98/2016 (…), vă facem cunoscut că oferta prezentată de către dumneavoastră, pentru procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, având ca obiect: Execuție lucrări pentru obiectivele de investiții din cadrul Programului național de construcții de interes public sau social din Subprogramul Asezăminte culturale – Pachet 143 lot. 1-3 respectiv: Lot 2 – Construire centru cultural comuna Bănești, județul Prahova, a fost exclusă, conform prevederilor art. 167 alin. 1 lit. b potrivit căruia «(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:*

*…….*

*b) se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității», respectiv:*

*Prin adresa nr. 1306L/13.04.2018, în urma analizării DUAE, comisia de evaluare v a solicitat următoarea clarificare:*

*Având în vedere că dumneavoastră ați declarant la nivel de DUAE și că ați depus odată cu DUAE documente care confirmă deschiderea procedurii generale a insolvenței, comisia de evaluare solicită documente conform art. 167 alin. 2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia:*

*«Prin excepția de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa*

*contractul de achiziție publică/acordul. Acesta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță».*

*Prin adresa depusă în SEAP (20.04.2018), semnată cu semnătură electronica extinsă și înregistrată la CNI sub nr. 140L/23.04.2018, dumneavoastră ați prezentat următorul răspuns:*

*«Societatea se află în insolvență așa cum e publicat în BPI 17763/27.09.2017, la solicitarea noastră, datorită unui control fiscal de fond realizat de către Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Ploiești, în urma căruia s-au stabilit contribuții fiscal de plată în plus.Împotriva acestui raport fiscal am depus contestație pentru anularea actului de control, întrucât considerăm că nu sunt corect stabilite conform Cod fiscal.*

*Pe perioada aceasta, până la stabilirea în instanță a sumelor corect datorate, ne-am văzut nevoiți a delclara insolvența prin reorganizare, deoarece, plata prin eșalonare recomandată de către ANAF nu o putem accepta, întrucât nu suntem de acord să ne însușim debitele stabilite suplimentar prin neacordarea deductibilității din punct de vedee fiscal a unor costuri directe realizate în activitatea noastră economică (cheltuilei de transport, cheltuilei reparații auto, echipamente și unelte prin service-uri autorizate, prestări servicii effectuate de terți, etc).*

*În acest moment ne aflăm în procedura de reorganizare judiciară în faza de observație și am adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea activității curente.*

*Vă atașăm prezentei adrese Rapoartele întocmite de către administratorul judiciar prin care se recomandă întocmirea unui plan de reorganizare, întrucât îndeplinim condițiile impuse de lege, rapoartele nr. 1/09.10.2017, nr. 2/25.10.2017 și nr. 3/03.04.2018.*

*Societatea îndeplinește condițiile întrucât își derulează activitatea curentă într-un mod sustenabil, având contracte ferme în derulare până în anul 2020, și anume:*

*- «Construire cimitir uman …., valoare contract fără tva 1.781.171,83 lei, termen de execuție 03.06.2019*

*- «Construire cămin cultural comuna Colceag: - Comuna Colgeag», valoare contract fără tva 1.415.764,01 lei, termen de execuție 31.12.2018;*

*- «REABILITARE, MODERNIZARE ȘI TRANSFORMARE CĂMIN DE NEFAMILIȘTI NR. 2 (S+P+4E), ÎN LOCUINȚE …., cod CPV: 45211000-9-Lucrări de construcții de imobile colective și de case individuale (Rev.20 – valoare contract fără tva 2.681.569,38 lei, termen de execuție, procedura de achiziție publică încheiată după momentul declanșării procedurii de insolvență, contract încheiat în luna decembrie 2017.*

*Deținem personal calificat în toate categoriile profesioanle, specific activității de construcții civile, avem contrcate în derulare cu diverși furnizori de material.*

*Considerăm că activitatea noastră de execuție lucrări, în acest moment, nu este afectată de faptul că ne aflăm în insolvență, din punct de vedere al disciplinei și calității în construcții».*

*Răspunsul de mai sus a fost însoțit de următoarele documente (documente transmise și inițial în cadru ofertei):*

*1. Contract de lucrări nr. 21528/22.12.2017 încheiat între Comuna Valea Călugărească și SC ...SRL, al cărui obiect este: REABILITARE, MODERNIZARE ȘI TRANSFORMARE CĂMIN DE NEFAMILIȘTI NR.2 (S+P+4E), ÎN LOCUINȚE …., prețul contractului este de 2.681,569, 38 lei, fără TVA, termen de execuție 36 luni.*

*2. Raport privind modul de îndeplinire a atribuțiilor pentru debitoarea ...SRL, întocmit în temeiul art. 92 din Legea nr. 85/2017 de către ..., la data de 09.10.2017;*

*3. Raport privind analiza cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariție stării de insolvență pentru debitorul ...SRL, întocmit în baza art. 97 alin. 1 și 2 din Legea nr. 85/2017 de către ..., la data de 09.10.2017;*

*4. Raportul privind descrierea modului de îndeplinire a atribuțiilor pentru debitorul ...SRL întocmit de ..., cu nr. 1157/02.04.2018.*

*Având în vedere că dumenavoastră ați depus în cadrul ofertei contestația depusă împotriva Direcției Generale Regionale a Finanțelor Publice Ploiești, fără a depune o soluționare a acestei contestații apreciem că, această contestație nu a fost soluționată și deci creanța nu este definitivă pentru a fi trecută în tabelul final al creditorilor alături de alte creanțe ale ofertantului.*

*Perioada de observație este prioada cuprinsă între data deschiderii procedurii și data de confirmare a planului său de reorganizare, în temeiul Legii 85/2006, actualizată, privind legea insolvenței.*

*Mai mult, dumneavoastră nu ați depus în cadrul ofertei și nici ca răspuns la clarificarea din data de 20.04.2018 tabel definitiv al creanțelor necontestate sau contestate și stabilite ca finale, tabel care trebuie cuprins și în planul de reorganizare. Acest plan trebuie aprobat de adunarea creditorilor în prima etapă, după care trebuie aprobat de instanță.*

*Totodată comisia apreciază că explicațiile prezentate de dumneavoastră sunt neconcludente, drept pentru care oferta este declarată inacceptabilă în baza prevederilor art. 134 alin. 5 din HG 395/2016".*

Având în vedere că motivul respingerii ofertei vizează informații cuprinse în Formularul DUAE, Consiliul, examinându-l, constată că la cap. C *„Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale",* la secțiunea *„Insolvență",* la întrebarea „Operatorul economic este în situație de insolvență sau de lichidare?", ofertantul contestator a răspuns prin „Da", iar ca descriere a arătat că: *„Atașăm la DUAE următoarele documente justificative: extras după Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 17763 în data de 27.09.2017 – copie conform cu originalul după Contestația împotriva Raportului de control fiscal nr.F-PH 184/30.08.2017 întocmit de ANAF DGFRP Ploiești-Adminstrația Județeană a Fiinanțelor Publice Prahova, prin intermediul*

*Cabinetului de …., transmisă prin poștă conform factură 85666/11.10.2017, - rapoarte de supravehere întocmite de Via Insolv administrator judiciar 1/09.10.2017 și 2/25.10.2017 prin care se recomandă reorganizarea societății, întrucât îndeplinește condițiile viabile de reorganizare.*

*Precizați motivele pentru care veți putea fi, totuși, în măsură să executați contractul. Nu este necesar să se furnizeze aceste informații în cazul în care excluderea operatorilor economici în acest caz a devenit obligatorie în temeiul legislației naționale aplicabile, fără nicio posibilitate de derogare atunci când operatorul economic este, totuși, în măsură să execute contractul.*

*Societatea are activitate economică în condiții normale de lucru, la acest moment aflându-se în perioada de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permit continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, având în această perioadă derularea unor contracte cu Primăria …. (în luna decembrie 2017 am încheiat un contract în valoare de 2.700.000 fără tva, perioada de derulare fiind de 3 ani, contract încheiat după intrarea în procedura de reorganizare). Deținem personal calificat, echipamentele necesare producției, contracte ferme cu furnizori de material … …, etc".*

Analizând motivul de respingere a ofertei și criticile aduse acestuia de către contestatoare, Consiliul constată că în etapa de evaluare a ofertei comisia de evaluare, a solicitat prin adresa nr. 1306L/13.04.2018 depunerea documentelor justificative în dovedirea informațiilor cuprinse în DUAE depuse de ofertantul contestator, respectiv *„documente conform art. 167 alin. 2) din Legea nr. 98/2016"*.

Documentele transmise de către contestatoare au fost analizate în ședința din data de 25.04.2018, conform procesului verbal al ședinței de evaluare a ofertelor aferente loturilor 2 și 3, înregistrat sub nr. 14466L/25.04.2018, ocazie cu care comisia de evaluare a consemnat faptul că în urma verificării și analizării documentelor prezentate, contestatoarea SC ...SRL se află sub incidența art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 cât și a art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, declarând oferta inacceptabilă.

Analizând criticile formulate și susținerile autorității contractante, Consiliul constată că decizia de respingere a ofertei SC ...SRL este întemeiată pentru motivele ce vor fi reținute mai jos.

Consiliul constată că dispozițiile legale invocate de către autoritatea contractantă în luarea decizie de respingere a ofertei stabilesc astfel:

- art. 167 din Legea nr. 98/2016 *„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: (…)*

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

- art. 167 din Legea nr. 98/2016 *„(2) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura*

*generală de insolvenţă atunci când, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabileşte că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă";*

- art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 *„În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii: (…)*

*b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerinţele stabilite de entitatea contractantă".*

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă „exclude" din procedura de atribuire orice operator economic care se află în procedura insolvenței, situație în care se află contestatoarea din prezenta speță. Dispoziția legală, respectiv decizia de excludere din cadrul procedurii de atribuire a fost stabilită de către legiuitor, în mod evident, cu caracter imperativ.

Însă, tot legiuitorul a stabilit o excepție de la aplicarea acestor dispoziții imperative, respectiv cea prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, excepție potrivit căreia autoritatea contractantă *„pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabileşte că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru".*

Relevantă este și teza a doua din conținutul alin. (2) care prezintă modul în care autoritatea contractantă stabilește dacă operatorul economic are capacitatea de a executa contractul, în speța analizată execuția lucrărilor, aceasta urmând a avea în vedere *„că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, (…)"*, ofertantul contestator declarând că se află în această primă ipoteză, respectiv *„în faza de observație".*

Consiliul constată că excepția stabilită de legiuitor la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, este în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, comisiei de evaluare din cadrul autorității contractante revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele depuse, ofertantul dovedește că are capacitatea de a executa lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Consiliul constată că în cadrul actului atacat, cât și prin punctului de vedere, autoritatea contractantă a indicat, în mod concret și punctual,

care sunt motivele pentru care a ajuns la luarea deciziei de excludere din cadrul procedurii de atribuire a ofertei contestatoarei.

Astfel, din analiza acestora raportat la informațiile cuprinse în documentele depuse de către contestatoare, Consiliul constată că, așa cum în mod corect a reținut și autoritatea contractantă, ofertantul contestator nu a depus înscrisuri care să permită determinarea clară a situației financiare și a măsurilor adoptate în perioada de observație care să dovedească continuarea activității curente într-o manieră sustenabilă, așa cum este precizat în prevederea legală.

Consiliul reține că legiuitorul a stabilit potrivit dispozițiilor art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 că *„Debitorul aflat în procedura insolvenţei nu poate fi împiedicat să participe la licitaţii publice pentru motivul deschiderii procedurii”,* așa cum invocă contestatoarea, însă, tot legiuitorul, i-a acordat ofertantului aflat în procedura insolvenței, posibilitatea demonstrării capacității de executare a contractului de lucrări într-o manieră sustenabilă și nu doar de a prezenta informațiile sau documentele solicitate, fără ca din acestea să rezulte că situația economică și juridică îi permite angajarea într-un nou contract de lucrări.

Or, în speța analizată, Consiliul constată că motivele invocate de către autoritatea contractantă în luarea deciziei de excludere a ofertei sunt de natură a conduce la concluzia că activitatea societății contestatoare, în acest moment, nu dovedește posibilitatea executării lucrărilor la nivelul de calitate și cantitate stabilit prin documentația de atribuire, în condițiile în care contestația formulată împotriva Direcției Generale Regionale a Finanțelor Publice Ploiești nu este soluționată, situație în care creanța nu este definitivă pentru a fi trecută în tabelul final al creditorilor alături de alte creanțe ale ofertantului, valoare care nu este deloc de neglijat (cu titlu de exemplu „suma de 2.045.841 lei creanță bugetară și garantată”, conform Sentintei nr. 282/2018 – Tribunal Prahova) cât și faptul că nu a fost depus un tabel definitiv al creanțelor necontestate sau contestate și stabilite ca finale, tabel care trebuie cuprins și în planul de reorganizare.

În lipsa acestor informații, mai exact în acest context, Consiliul constată că autoritatea contractantă a fost îndreptățită să i-a decizia de excludere a ofertantului contestator din cadrul procedurii de atribuire întrucât informațiile și documentele depuse în dovedirea situației actuale a societății nu au fost de natură a convinge comisia de evaluare că ofertantul are capacitatea de a executa în bune condiții contractul.

Consiliul va reține în soluționare susținerile contestatoarei potrivit cărora *„se află în faza de observație și a întreprins toate măsurile pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil, că își continuă activitatea în condiții care să îi permit ieșirea cât mai rapidă din insolvență”,* susțineri care confirmă, în fapt, împrejurarea că situația juridică și economică nu este una clară și de natură a da garanții autorității contractante că toate creanțele acumulate de către ofertant (în lipsa unui tabel definitiv al creanțelor) nu sunt un impediment major în executarea contractului.

Toate aceste elemente sunt de natură a concluziona că autoritatea contractantă este îndreptățită să stabilească, având în vedere și

principiul asumării răspunderii, dacă o ofertă se încadrează sau nu în excepția reglementată de legiuitor prin art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, textul nefiind unul imperativ care să oblige autoritatea contractantă la menținerea în procedură a operatorului economic.

Față de cele constatate anterior, Consiliul va reține că autoritatea contractantă nu poate fi obligată să încheie un contract cu un operator economic aflat în procedura de insolvență, procedură care confirmă faptul că debitorul a intrat în incapacitate de a plăti creanțe certe, lichide și exigibile.

Consiliul constată că într-o speță similară Curtea de Apel București s-a pronunțat prin Decizia nr. 3180/2018, pronunțată în dosarul nr. 2539/2/2018 respingând plângerea și menținând decizia.

Prin urmare, față de cele constatate anterior, Consiliul constată temeinicia deciziei autorității contractante de a respinge oferta depusă de SC ...SRL, motiv pentru care în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către aceasta și menține decizia de respingere a ofertei contestatoarei.

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

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

**CONSILIUL DECIDE:**

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC ...SRL în contradictoriu cu ....

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

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

| **PREŞEDINTE,** | **MEMBRU,** | **MEMBRU,** |
|---|---|---|
| **...** | **...** | **....** |

Redactată în patru exemplare, conţine 13 (treisprezece) pagini.