



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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 9/18.01.2021, transmisă prin email, în data de 18.01.2021, și înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., formulată de către SC ... SA, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin administrator special ..., împotriva raportului procedurii nr. 472/11.01.2021 și adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 473/11.01.2021, emise de către MUNICIPIUL ..., cu sediul în municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată – într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect **„Achiziție lucrări de construcții, inclusiv echipamente cu montaj și montaj aferent pentru obiectivul de investiție «Extindere, reabilitare și dotare creșă la nivelul municipiului ...», cod Smis ...”**, cod CPV 45000000-7 Lucrări de construcții (Rev. 2), anunț de participare simplificat nr. ..., s-au solicitat Consiliului următoarele:

„1. Anularea actelor emise de către autoritatea contractantă în care este precizat faptul că oferta subscrisei este una inacceptabilă, respectiv comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 473/11.01.2021 și raportul procedurii nr. 472/11.01.2021, (...);

2. Recunoașterea dreptului subscrisei, prevăzut în cuprinsul art. 171 din Legea nr. 98/2016, documentele transmise autorității contractante fiind suficiente pentru dovedirea intenției și posibilității subscrisei de a realiza un plan de organizare fezabil”.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Prin contestația nr. 9/18.01.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., formulată de către SC ... SA, împotriva raportului procedurii nr. 472/11.01.2021 și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 473/11.01.2021, emise de către MUNICIPIUL ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată – într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect **„Achiziție lucrări de construcții, inclusiv echipamente cu montaj și montaj aferent pentru obiectivul de investiție «Extindere, reabilitare și dotare creșă la nivelul municipiului ...», cod Smis ...”**, cod CPV 45000000-7 Lucrări de construcții (Rev. 2), anunț de participare simplificat nr. ..., s-au solicitat cele redată în partea introductivă.

Contestatoarea menționează că se află *în procedura generală de insolvență, respectiv în perioada de observație*, intrarea în această procedură fiind solicitată de ea însăși *în vederea reorganizării activității societății*. Arată că, pe parcursul acestei etape procedurale a făcut dovada posibilității de a-și continua activitatea, având contracte în derulare care asigură acest lucru.

Precizează că, în vederea continuării activității, a participat la procedura de atribuire în cauză, depunând oferta în termenul stabilit, împreună cu informațiile juridice, economice, financiare și tehnice necesare.

Autoarea contestației menționează că, prin adresa nr. 38906/03.12.2020, autoritatea contractantă i-a solicitat să depună *planul juridic de reorganizare și aprobarea acestuia de către adunarea creditorilor și/sau judecătorul sindic*, conform art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fapt imposibil de îndeplinit de către societatea sa la acel moment, deoarece, prin Încheierea nr. 418 din 27 noiembrie 2020, pronunțată în dosarul nr. .../1371/2019, Tribunalul Specializat Mureș a constatat că termenul limită pentru depunerea planului de reorganizare se împlinește la data de 17 februarie 2021.

Astfel, petenta susține că se află în imposibilitatea de a pune la dispoziție o copie certificată, conform cu originalul a planului de reorganizare, motivat de faptul că acest document nu există, fiind în curs de elaborare la nivel de administrator judiciar și administrator special, urmând a fi depus.

Precizează că, din aceste considerente, a transmis, în termenul legal impus de către autoritatea contractantă, clarificările și informațiile deținute, pe care le-a considerat relevante pentru clarificarea situației, respectiv:

- Cererea de deschidere a procedurii de insolvență a grupului de societăți, din care se poate observa faptul că societatea are intenția de reorganizare a activității, datorită contractelor în derulare care sunt în măsură să asigure obținerea resurselor necesare, atât în vederea

achitării creanțelor, cât și în vederea derulării activității societății, ceea ce implicit dovedește capacitatea de executare a contractului de achiziție publică care face obiectul procedurii de atribuire;

- Contractul de prestări servicii din data de 30.10.2020, încheiat între administratorul special al societății ... și ... SRL, în vederea întocmirii planului de reorganizare și adoptării unor măsuri de îmbunătățire a activității societății, care conduc la evitarea apariției imposibilității acesteia de a-și desfășura activitatea;

În opinia petentei, această măsură dovedește capacitatea societății de a lua măsurile necesare și eficace pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil în vederea adoptării unor măsuri care vor conduce în mod evident spre o îmbunătățire a activității.

- Dovada privind împlinirea termenului de depunere a planului de reorganizare în data de 17 februarie 2021.

SC ... SA precizează că, în pofida celor expuse, prin adresa nr. 473/11.01.„2020”, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, pe motiv că răspunsul său la solicitările de clarificări este neconcludent, pentru următoarele considerente:

1. *„Conform dispozițiilor legale, respectiv art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ofertantul trebuie să facă dovada că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil. Ofertantul a făcut dovada că a încheiat un contract de prestări de servicii în data de 30.10.2020 cu un prestator pentru a realiza un plan de reorganizare”.*

Cu privire la acest motiv, SC ... SA arată că, prin dovada încheierii unui contract de prestări servicii, subscrisa urmărește să demonstreze faptul că dispune de capacitate administrativă pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil, în vederea adoptării unor măsuri care vor conduce, în mod evident, spre o îmbunătățire a activității, organele sale de administrare fiind suficient de competente pentru a realiza acest lucru.

În opinia petentei, în ipoteza în care autoritatea contractantă a considerat contractul de prestări servicii ca fiind o dovadă insuficientă pentru asigurarea pe viitor a întocmirii unui plan de reorganizare fezabil, aceasta avea atât dreptul, cât și obligația de a-i solicita documente sau informații suplimentare pentru a se convinge de existența pe viitor a unui asemenea plan.

2. *„De asemenea s-a făcut dovada că acest plan trebuie depus în instanță, în dosarul de insolvență, până în data de 17.02.2021. Abia după această dată se va discuta dacă acesta este fezabil sau nu, urmând să fie aprobat sau nu de adunarea creditorilor și judecătorul sindic”.*

Autoarea contestației apreciază că fezabilitatea planului său de reorganizare rezultă nu numai din măsuri ce vor fi adoptate pe viitor, ci și din măsurile ce s-au adoptat în prezent, și anume: încheierea unui contract de prestări servicii în vederea întocmirii unui plan de

reorganizare, respectiv adoptării unor măsuri pentru îmbunătățirea activității societății, existența contractelor în derulare care asigură continuitatea activității societății și existența unui cash-flow constant.

Subliniază faptul că un plan de reorganizare nu poate fi fezabil în cazul în care, anterior finalizării acestuia, nu s-au adoptat anumite măsuri necesare la nivelul societății pentru ca depunerea unui plan să fie posibilă.

3. *„La acest moment, ofertantul nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor menționate expres în art. 167 alin. (2) din Legea 98/2016, iar din documentele depuse comisia de evaluare nu își poate forma o părere cum că acest ofertant ar putea să ducă la bun sfârșit contractul în cauză. Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii, însă, în același timp, pentru a nu fi exclus din procedură, respectiv pentru a beneficia de excepția prevăzută la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, acesta trebuie să facă dovada că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator economic privind continuarea activității. Respectiv, acesta presupune că respectivul operator economic se află 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”.*

Contestatoarea susține că, prin documentele transmise autorității contractante, împreună cu explicațiile aferente fiecărui document în parte, a dovedit că poate duce la bun sfârșit contractul, în pofida stării de insolvență, prin contractele aflate în derulare, dovada luării măsurilor întocmirii unui plan de reorganizare fezabil și, respectiv, monitorizarea în mod concret și cu persoane de specialitate a activității societății în vederea evitării apariției imposibilității de desfășurare a acesteia.

În ceea ce privește capacitatea sa de a participa la procedurile de atribuire, contestatoarea învederează faptul că nu are datorii la buget, dispune de personal specializat și de o dotare tehnică corespunzătoare, deține standarde de asigurare a calității, de protecție a mediului, precum și diverse autorizații, ale căror condiții de implementare și menținere, nu sunt afectate de starea de insolvență.

4. *„Comisia de evaluare nu poate aștepta până la depunerea planului de reorganizare, pentru a afla dacă acesta este fezabil sau nu”.*

5. *„Având în vedere faptul că la acest moment, ofertantul nu face dovada îndeplinirii prevederilor art. 167 alin. (2), pentru a beneficia de această excepție, comisia de evaluare apreciază că răspunsul primit este neconcludent, astfel încât oferta depusă de ... - RO 11909546 este inacceptabilă, raportat la prevederile art. 134 alin. (5) din HG 395/2016”.*

Petenta subliniază faptul că autoritatea contractantă avea atât dreptul, cât și obligația de a-i solicita clarificări/documente

suplimentare, în cazul existenței unor neclarități, oferindu-i astfel toate condițiile pentru a-și putea justifica și proba calificarea și conformitatea ofertei.

Contestatoarea apreciază că îi sunt aplicabile prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, încadrându-se în excepția prevăzută în cuprinsul alin. (1) lit. b) al acestui articol de lege, deoarece documentele pe care le-a prezentat autorității contractante relevă faptul că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică.

Afirmă că îndeplinește condiția de a se afla 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.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 171 și art. 49 din Legea nr. 101/2016, precum și toate textele legale invocate în cuprinsul contestației.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. ..., în temeiul dispozițiilor art. 611 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să transmită dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 38.204,32 lei.

Ca răspuns la această solicitare, prin adresa nr. 12/19.01.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., contestatoarea a depus originalul recipisei de consemnare nr. ..., emisă de ..., a sumei de 38.204,32 lei.

Prin adresa nr. 1761/22.01.2021, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., MUNICIPIUL ... a solicitat respingerea contestației formulată de SC ... SRL pe cale de excepție, în temeiul art. 61¹ din Legea nr. 101/216, pentru nedepunerea cauțiunii aferentă soluționării contestației, iar, pe fond, ca neîntemeiată.

Referitor la excepția invocată, autoritatea contractantă precizează *„solicităm respingerea contestației în situația în care nu a fost constituită cauțiunea legală”*.

Pe fondul cauzei, arată că, prin adresa nr. 38906/03.12.2020, a transmis ofertantului contestator solicitarea de clarificări având următorul conținut:

„Analizând DUAE-ul prezentat și documentele de calificare, comisia de evaluare a constatat următoarele: societatea se află în procedura insolvenței.

Conform art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude de la procedură operatorii economici aflați în insolvență.

«(2) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de

observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță».

Comisia constată că ofertantul nu a depus și planul de reorganizare, fiind depus doar un contract pentru realizarea unui astfel de plan. În aceste condiții, nu se poate verifica condiția prevăzută de art. 167 alin. (2), paragraful doi, prin care ofertantul a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, deoarece nu este depus un astfel de plan, cu atât mai mult nu se cunoaște dacă acest plan a fost acceptat de către creditorii sau judecătorul sindic, pentru a fi considerat un plan fezabil.

Vă solicităm să depuneți planul de reorganizare și aprobarea acestuia de către adunarea creditorilor și/sau judecătorul sindic."

Autoritatea contractantă precizează că SC ... SA a răspuns în termen, în data de 07.12.2020, prin adresa nr. 333/07.12.2020, în care precizează următoarele:

„Vă transmitem faptul nu am depus planul de reorganizare, deoarece acesta nu a fost finalizat, ci este în curs de elaborare, termenul stabilit de instanță pentru prezentarea acestuia fiind 17.02.2021, conform informațiilor publice publicate pe portalul instanțelor de judecată, secțiunea Tribunalul Specializat Mureș, <http://portal.just.ro/...> .

Prin urmare, conform prevederilor legale, suntem în perioada de elaborare a planului de reorganizare, motiv pentru care am încheiat și v-am prezentat contractul de consultanță pentru elaborarea planului de reorganizare, aceasta fiind o măsură luată de noi pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil, conform prevederilor art. 167, alin. (2) din Legea nr. 98/2016”.

MUNICIPIUL ... precizează că răspunsul contestatoarei a fost considerat neconcludent de către comisia de evaluare, prin prisma următoarelor motive:

„Conform dispozițiilor legale, respectiv art. 167 alin. (2) din Legea 98/2016, ofertantul trebuie să facă dovada că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil. Ofertantul a făcut dovada că a încheiat un contract de prestări servicii, în data de 30.10.2020, cu un prestator pentru a realiza un plan de reorganizare.

De asemenea, s-a făcut dovada că acest plan trebuie depus în instanță, în dosarul de insolvență, până în data de 17.02.2021. Abia după această dată se va discuta dacă acesta este fezabil sau nu, urmând să fie aprobat sau nu de Adunarea creditorilor și Judecătorul Sindic. La acest moment, ofertantul nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor menționate expres în art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, iar, din documentele depuse, comisia de evaluare nu își poate forma o părere cum că acest ofertant ar putea să ducă la bun sfârșit

contractul în cauză. Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii, însă, în același timp, pentru a nu fi exclus din procedură, respectiv pentru a beneficia de excepția prevăzută la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, acesta trebuie să facă dovada că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator economic privind continuarea activității. Respectiv, aceasta presupune că respectivul operator economic se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente. Comisia de evaluare nu poate aștepta până la depunerea planului de reorganizare, pentru a afla dacă acesta este fezabil sau nu.

Având în vedere faptul că la acest moment, ofertantul nu face dovada îndeplinirii prevederilor art. 167 alin. (2), pentru a beneficia de această excepție, comisia de evaluare apreciază că răspunsul primit este neconcludent, astfel încât oferta depusă de ... - RO ... este inacceptabilă, raportat la prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016. Având în vedere faptul motivul de excludere prevăzut în fișa de date a achiziției, secțiunea III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului litera A) Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016 și faptul că ofertantul se regăsește în situația prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. b) -societate aflată în insolvență, oferta depusă este inacceptabilă, raportat la prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, respectiv: «b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă»”.

Autoritatea contractantă învederează faptul că a făcut aplicarea prevederilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și a solicitat ofertantului SC ... SA să demonstreze că a luat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, însă ofertantul nu a depus acest plan de reorganizare, arătând că acesta nu este încă elaborat, și a depus un contract de prestării servicii pentru elaborarea acestuia.

Organizatoarea procedurii arată că, pentru a verifica dacă un plan de reorganizare este fezabil, acesta trebuie să existe și să-i fie transmis pentru a lua hotărâri în cunoștință cauză. În opinia autorității contractante, faptul că s-a încheiat un contract de prestări servicii cu o societate care să întocmească acest plan nu relevă existența unui plan de reorganizare fezabil, astfel cum prevăd dispozițiile legale sus invocate.

În același sens apreciază că afirmațiile contestatoarei privind existența unui cash flow constant, a contractelor în derulare sau a luării

altor măsuri pentru îmbunătățirea activității societății nu pot fi luate în considerare de către Consiliu, existența acestora fiind menționată pentru prima dată abia în contestația depusă.

În contradictoriu cu susținerile petentei, organizatoarea procedurii precizează că, în cadrul procedurii de atribuire, aceasta nu a prezentat cererea de deschidere a procedurii de insolvență a grupului de societăți, astfel cum menționează la pagina a doua a contestației, nu a depus contracte în derulare sau dovada existenței unui cash flow constant, singurele documente pe care le-a depus fiind o adresă din partea administratorului judiciar, prin care acesta își dă acordul ca societatea să participe la procedură și contractul de prestări servicii pentru planul de reorganizare.

Susține că, din analiza documentelor prezentate de SC ... SA și din răspunsul acestuia la solicitările de clarificări, nu rezultă îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (2) din lege.

Având în vedere aceste considerentele prezentate, MUNICIPIUL ... apreciază că decizia de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei SC ... SA este corectă și solicită respingerea contestației acestuia.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 18 art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Atașat punctului de vedere, au fost transmise, în copie certificată, documente ale dosarului achiziției publice.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

MUNICIPIUL ..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată – într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect **„Achiziție lucrări de construcții, inclusiv echipamente cu montaj și montaj aferent pentru obiectivul de investiție «Extindere, reabilitare și dotare creșă la nivelul municipiului ...», cod Smis ...”**, cod COV 45000000-7 Lucrări de construcții (Rev. 2), prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare simplificat nr. ..., căruia i-a fost atașată documentația de atribuire aferentă.

Împotriva raportului procedurii nr. 472/11.01.2021 și adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 473/11.01.2021, SC ... SA a înaintat Consiliului contestația de față (constituind cauțiunea aferentă, conform dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, prin depunerea Recipisei de consemnare nr. ... din ..., emisă de ..., în valoare de 38.204,32 lei), solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă.

Conform raportului procedurii înregistrat la emitent sub nr. 472/11.01.2021, în cadrul prezentei proceduri de atribuire au depus oferte: 1. ... SRL; 2. ... SRL; 3. ... SRL, iar în urma evaluării acestor oferte niciuna nu a fost declarată admisibilă, motiv pentru care comisia

de evaluare a decis anularea procedurii de atribuire, raportat la prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Oferta depusă de SC ... SA a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, deoarece *„comisia de evaluare a apreciat răspunsul la solicitările de clarificări ca fiind neconcludent, respectiv prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, deoarece ofertantul nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, respectiv prevederile art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, ofertantul aflându-se în procedura de insolvență și neputând dovedi îndeplinirea prevederilor art. 167 alin. (2) din lege cu privire la posibilitatea derogării de la excluderea din procedură”*.

Împotriva acestui rezultat, comunicat prin adresa nr. 473/11.01.2021, în termenul legal, SC ... SA a formulat contestația din prezenta cauză.

Văzând excepția invocată de autoritatea contractantă, privind inadmisibilitatea contestației (în măsura în care nu a fost depusă cauciunea aferentă soluționării contestației, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016), Consiliul dă întâietate analizei acesteia, conform obligației rezultând din dispozițiile alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016: *Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.*

Referitor la susținerea autorității contractante vizând posibila inadmisibilitate a contestației SC ... SA, motivat de nedepunerea cauciunii aferentă soluționării contestației, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, având în vedere că la dosarul cauzei, contestatoarea a depus, în original, recipisa de consemnare nr. ... din .., emisă de ..., în valoare de 38.204,32 lei, în conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ... SA. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația, acceptată implicit de toate societățile ofertante, le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/

2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că în cadrul DUAE depus de ofertantul SC ... SA, s-a menționat că aceasta se află în procedura insolvenței, iar, pentru a dovedi că are capacitatea de a executa contractul, a depus în anexă:

- un aviz prin care Administratorul judiciar îți dă acordul de participare la procedura de achiziție în cauză;
- un contract de prestări servicii încheiat între administratorul special al ofertantului și o firmă de consultanță în vederea realizării unui plan de reorganizare.

Referitor la aceasta, prin adresa nr. 38906/03.12.2020, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului: să depuneți planul de reorganizare și aprobarea acestuia de către Adunarea creditorilor și/sau Judecătorul sindic.

La această solicitare, SC ... SA a răspuns cu adresa nr. 333/07.12.2020, în cuprinsul căreia menționează:

"(...) nu am depus planul de reorganizare deoarece acesta nu a fost finalizat, ci este în curs de elaborare, termenul stabilit de instanță pentru prezentarea acestuia fiind 17.02.2021, (...).

Prin urmare, conform prevederilor legale, suntem în perioada de elaborare a planului de reorganizare, motiv pentru care am încheiat și v-am prezentat contractul de consultanță pentru elaborarea planului de reorganizare, aceasta fiind o măsură luată de noi pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil, conform prevederilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul reține că, relevante în soluționare sunt dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, conform cărora:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

b) se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității;

(2) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află, fie, în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de

reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță.

Este adevărat că art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014, prevede că: *"debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii",* însă, pentru a nu fi exclus din procedură, respectiv de a beneficia de excepția prevăzută la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, acesta trebuie să facă dovada că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru, ținând cont de măsurile adoptate de respectivul operator 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 (...)."

Față de cele expuse anterior, Consiliul constată că în speța de față, pentru SC ... SA, societate aflată în insolvență (în perioada de observație), nu este întocmit un *Plan de reorganizare fezabil*, aspect recunoscut chiar de contestatoare prin afirmațiile: *„se află în imposibilitate de a pune la dispoziție o copie (...) a planului de reorganizare motivat de faptul că acest document **nu există** – fiind în curs de elaborare la nivel de Administrator judiciar și Administrator Special – urmând a fi depus”;* *„fezabilitatea planului de reorganizare rezultă nu numai din măsuri ce se vor adopta pe viitor, ci și din măsurile ce s-au adoptat în prezent: încheierea unui contract de prestări servicii în vederea întocmirii unui plan de reorganizare”.*

Or, încheierea unui contract de prestări servicii (consultanță) în data de 23/30.10.2020, între ... SRL, în calitate de consultant și ... – administrator special al societății ... SA – în insolvență, în calitate de beneficiar având ca obiect: *„Prestatorul se obligă să consilieze administratorului special în vederea întocmirii și depunerii unui plan de reorganizare al societății SC ... SA – în insolvență, (...) în cadrul dosarului nr. .../1371/2019 aflat pe rolul Tribunalului Specializat Mureș”,* nu reprezintă, în sine, una din măsurile necesare pentru a întocmi un *plan de reorganizare fezabil*, în sensul dispozițiilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, mai sus evocat.

De altfel, nici chiar prin contestație, autoarea acesteia nu a adus argumente și nu a prezentat probe în conformitate cu prevederile legale anterior citate, pentru admiterea sa în procedură. Din răspunsul la solicitarea autorității contractante, nu rezultă nicio măsură concretă, în sensul întocmirii unui plan de reorganizare fezabil, la care face referire atât art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În același sens, Consiliul nu va lua în considerare susținerile contestatoarei cu privire la: *“contracte în derulare/cash-flow”,* în

măsura în care acestea trebuiau să se regăsească în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări a autorității contractante.

Relevante în acest caz sunt și dispozițiile art. 132 și ale art. 133 din Legea nr. 85/2014, potrivit cărora:

Art.132

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

a) debitorul, cu aprobarea adunării generale a acționarilor/asociaților, în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe, cu condiția formulării intenției de reorganizare potrivit art. 67 alin. (1) lit. g), dacă procedura a fost declanșată de acesta, și în termenul prevăzut de art. 74, în cazul în care procedura a fost deschisă ca urmare a cererii unuia sau mai multor creditori;

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

c) unul sau mai mulți creditori, deținând împreună cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe, în termen de 30 de zile de la publicarea acestuia; (...).

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

Art. 133.

(1) Planul de reorganizare va indica perspectivele de redresare în raport cu posibilitățile și specificul activității debitorului, cu mijloacele financiare disponibile și cu cererea pieței față de oferta debitorului și va cuprinde măsuri concordante cu ordinea publică, inclusiv în ceea ce privește modalitatea de selecție, desemnare și înlocuire a administratorilor și a directorilor.

(2) Planul de reorganizare va cuprinde în mod obligatoriu programul de plată a creanțelor. Creanțele înscrise ca beneficiare ale unei cauze de preferință în tabelul definitiv al creanțelor pot fi purtătoare de dobânzi și alte accesorii. (...)

(4) Planul de reorganizare va menționa:

a) categoriile de creanțe care nu sunt defavorizate, în sensul prezentului titlu;

b) tratamentul categoriilor de creanțe defavorizate;

c) dacă și în ce măsură debitorul, membrii grupului de interes economic, asociații din societățile în nume colectiv și asociații comanditați din societățile în comandită vor fi descărcați de răspundere; (...).

În aceste condiții, autoritatea contractantă nu poate fi obligată să atribuie un contract pe o durată de 10 luni unui ofertant care se află în procedura insolvenței și nu a demonstrat că are capacitatea de a executa contractul și a luat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, respectiv nu a depus informații și documente în cadrul procedurii care să permită o prezentare clară a măsurilor pe care le-a adoptat în perioada de observație pentru a permite continuarea activității într-o manieră sustenabilă. Nicio autoritate contractantă nu poate fi obligată să atribuie un contract societăților în insolvență, care

înregistrează un risc maxim de a nu își îndeplini obligațiile contractuale din cauza dificultăților în care se găsesc.

În concluzie, pe baza documentelor depuse, urmare a solicitării de clarificări din partea autorității contractante, nu se poate ajunge la concluzia că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Situația specială a procedurii insolvenței, nu îi asigură ofertantului în cauză, în mod automat și desemnarea admisibilă a ofertei sale, fiind necesară îndeplinirea anumitor condiții pentru a nu fi exclusă din procedura de achiziție, condiții pe care contestatoarea nu a demonstrat că le îndeplinește.

În susținerea celor prezentate anterior, Consiliul are în vedere în primul rând practica instanțelor judecătorești care au menținut deciziile emise de CNSC pe acest aspect. Cu titlu de exemplu:

- Decizia CNSC nr. ..., menținută de Curtea de Apel Galați - Secția de contencios administrativ și fiscal, prin Hotărârea 1324 din 13.06.2017 (dosar nr. .../44/2017), în cadrul căreia se precizează:

„Conform art 167 alin 2 dm Legea 98/2016 . (2} Prin excepție de la dispozițiile alin (1) lit b) autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic in cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, (...). Norma generală prevede obligația autorității contractante de a exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică a operatorului economic care se află sub incidența dispozițiilor Legii 85/ 2014 privind procedura insolvenței.

Totodată se prevede și o excepție în dispozițiile art. 167 alin. (2) din Legea 98/2016, de a nu exclude operatorul economic din procedura de achiziție publică, atunci când pe baza documentelor se stabilește că operatorul economic are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică.

Conform normelor legale, de strictă interpretare, capacitatea de a executa contractul de achiziție publică presupune că operatorul economic se află 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.

În speță, petenta ... se află în procedura de observație conform dispozițiile Legii 85/2014, la cererea sa din 10.01.2014, iar până în prezent nu a fost întocmit un plan de reorganizare fezabil, astfel încât această condiție expresă prevăzută de legiuitor nu este îndeplinită.

(...)

Nefiind întrunite condițiile expres și cumulativ prev. de art. 167 alin. (2) din Legea 98/2016, respectiv planul de reorganizare fezabil, va reține că, în mod corect, oferta petentei a fost respinsă ca inacceptabilă.

Față de cele mai sus arătate, în baza art. 32 alin. (1) din Legea 101/2016 va respinge plângerea formulată împotriva deciziei nr. ... ca nefondată”;

- Decizia Consiliului nr. ..., menținută prin decizia nr. 2035 din 10.08.2017, emisă de Curtea de Apel Galați - Secția de contencios administrativ și fiscal (dosar nr. .../44/2017), în cadrul căreia se consemnează:

„Așadar, de lege lata se permite participarea operatorului aflat în insolvență la procedura de achiziție publică, cu condiția dovedirii de către acesta a capacității de a executa contractul și a adoptării măsurilor necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil.

In speță, la data excluderii ofertei asocierii nu numai că nu era întocmit un plan de reorganizare, însă nu era întocmit nici tabelul definitiv de creanțe. (...).

Nici cu ocazia soluționării contestației la CNSC reclamanta nu a adus argumente și nu a prezentat probe în conformitate cu art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 pentru admiterea sa în procedură.

Abia în cursul soluționării plângerii de față, reclamanta a făcut dovada întocmirii la data de 20.07.2017 a unui plan de reorganizare demers care, în opinia Curții, nu echivalează cu respectarea exigenței legale, de vreme ce un atare plan nu a primit încă aprobarea Adunării creditorilor și nici confirmarea judecătorului sindic, potrivit art. 139 din Legea nr. 85/2014, neputându-se conchide în acest moment în sensul fezabilității sale.

De vreme ce, la data analizării ofertei financiare a asocierii, aceasta nu a fost în măsură să facă dovada îndeplinirii condițiilor prevăzute la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, iar planul de reorganizare întocmit recent necesită aprobarea și confirmarea prevăzute de legea insolvenței, evident cu decalajul cronologic inerent, față de celeritatea impusă procedurii de achiziție publică, Curtea apreciază că subzistă concluziile CNSC în sensul că AC nu poate fi obligată să atribuie un contract pe 36 de luni unui ofertant care nu oferă certitudinea capacității de executare a contractului și aceasta cu atât mai mult cu cât contribuția ... asumată la îndeplinirea contractului este în procent de 49%.

(...).

In condițiile neîndeplinirii în speță a cerințelor legale, soluția excluderii din procedura de achiziție a ofertei asocierii reclamante este una legală, astfel cum a concluzionat și CNSC, urmând a menține decizia acestuia, cu consecința imediată a respingerii plângerii de față ca nefondată, dând astfel eficiență disp. art. 34 alin. (5) din Legea nr. 101/2016”;

- Decizia CNSC nr. ... menținută prin decizia 2774/24.09.2018, emisă de Curtea de Apel Suceava - Secția de contencios administrativ și fiscal (dosar nr. .../39/2018), în cadrul căreia se consemnează:

„(...) Dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016 enumeră situațiile de excludere a unui operator economic din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului cadru, printre respectivele situații fiind și cea reglementată la lit. b) «se află în procedura de insolvență sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității».

Excepțiile de la prevederile art. 167 lit. b) din Lege, respectiv de la obligația autorității contractante de a exclude operatorul economic care se

află în procedura insolvenței, în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetare de plăți sunt strict reglementate de alin. (2) al art. 167 din Lege și care reprezintă transpunerea în legislația internă a Directivei 2014/24/UE (art. 80 alin. (1), teza finală).

Interpretarea coroborată a celor două texte ale art. 167 din Lege - la care s-a făcut trimitere mai sus - conduce la concluzia potrivit cu care aflarea în procedura insolvenței a unui operator economic este o situație sensibilă, care se derulează și finalizează într-o perioadă de timp îndelungată și care se desfășoară, potrivit legislației de specialitate. în mai multe etape (perioada de observație, procedura de reorganizare judiciară și procedura falimentului) și implică multe riscuri din partea autorității contractante, care are obligația să considere interesul public mai presus de orice alt interes.

Din perspectiva considerentelor mai sus evocate, revine autorității contractante obligația ca, prin intermediul comisiei de evaluare, înainte de a lua decizia de excludere în temeiul art. 167 lit. b) din Lege, să solicite operatorului economic informații din care să reiasă îndeplinirea condițiilor prevăzute la art. 167 (2) din Lege, corelativ cu obligația operatorului economic de a furniza dovezi considerate suficient de relevante și convingătoare din care să rezulte că are capacitatea de a îndeplini contractul de achiziție publică.

Verificarea lucrărilor dosarului pune în evidență comportamentul legal al comisiei de evaluare, în acord cu normele speciale mai sus invocate, sens în care Curtea observă că prin adresa nr. 22506/28.06.2018, comisia de evaluare a solicitat petentei (oferant) furnizarea informațiilor relevante în sensul dispozițiilor an. 167 (2) din Lege, informații pe care petenta nu le-a furnizat, așa încât decizia autorității contractante de excludere a petentei este în acord cu dispozițiile art.167 lit. b) din Lege. (...)"

Din analiza răspunsului SC ... SA, la solicitarea autorității contractante, Consiliul constată că informațiile furnizate de contestatoare nu sunt concludente, astfel că, în mod corect, oferta acesteia a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Referirile contestatoarei la prevederile art. 50 alin. (1) din Legea nr. 55/2020: Dacă debitorul se află în perioada de observație la data intrării în vigoare a prezentei legi, aceasta se prelungește cu 3 luni. Corelativ, termenul în care categoriile de persoane îndreptățite pot propune un plan de reorganizare se prelungește cu 3 luni, inclusiv în cazul în care termenul de depunere a planului, prevăzut de lege, a început să curgă, sau la conținutul Încheierii nr. 418/27.11.2020 – dosar nr. .../1371/2019, emisă de Tribunalul Specializat Mureș, prin care s-a dispus: Admiterea cererii debitoarei "...” S.A., (...). Constată

că termenul limită pentru depunerea planului de reorganizare prevăzut de art. 199 din Legea nr. 85/2014 se împlinește la data de 17 februarie 2021, ca urmare a aplicării dispozițiilor art. 50 alin. (1) din Legea nr. 55/2020, nu prezintă relevanță în speță.

În acest sens, trebuie avut în vedere că în Încheiere, Judecătorul sindic constată care este termenul limită, până la care se poate depune în fața instanței planul de reorganizare, respectiv 17.02.2021, în timp ce participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică, cum este cea prezentă, are o altă condiționare, prevăzută la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care impune: Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află, fie, în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie (...). Astfel, dacă intenționa să participe la această procedură de atribuire, SC ... SA, trebuia să îndeplinească cerința impusă prin legislația aplicabilă achizițiilor publice, mai sus evocată, și nu să se prevaleze de dispozițiile instanței specializate în insolvență, care menționează un termen limită, în interiorul căruia, respectiva societate putea realiza un *plan de reorganizare fezabil*, pentru a-și dovedi *capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru*.

Legat de toate aceste aspecte, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care dau posibilitatea operatorului economic interesat să solicite clarificări autorității contractante cu privire șa documentația de atribuire, contestatoarea neprevalându-se de această normă legală astfel încât, știind situația sa, să solicite autorității lămuriri în acest sens.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă MUNICIPIUL

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția invocată de autoritatea contractantă cu privire la contestația în cauză.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către SC ... SA, în contradictoriu cu entitatea contractantă MUNICIPIUL

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

...
...

Membru,

...
...

Membru,

...
...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține ... pagini.