

În conformitate cu prevederile art. 14 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., ... împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „...”, s-a solicitat:

- anularea rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. ..., prin care autoritatea contractantă a informat în legătură cu respingerea ofertei ... ca inacceptabilă;
- anularea raportului de evaluare întocmit de comisia de evaluare precum și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să procedeze la reevaluarea ofertei ... și la emiterea unui nou raport al procedurii.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ..., cu sediul în ..., înregistrat la, reprezentată convențional de, cu sediul profesional în, s-a solicitat admiterea în principiu cât și pe fond a cererii de intervenție, respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de ... și, pe cale de consecință, menținerea actelor autorității contractante cu privire la evaluarea ofertei depuse de

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația formulată, ... critică decizia autorității contractante de a-i respinge ca inacceptabilă oferta depusă în cadrul procedurii, apreciind ca nelegal motivul invocat pentru aceasta, respectiv faptul că

nu a fost respectată cerința III.1.1 a) din fișa de date potrivit căreia „Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute de art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016 (...)” sens în care a fost reținut faptul că terțul său susținător, ..., figurează la ... cu obligații fiscale și alte obligații în cuantum de ... lei.

Potrivit contestatoarei, la solicitarea de clarificări a autorității contractante care a vizat acest aspect a precizat că suma respectivă reprezintă o creanță anterioară deschiderii procedurii de insolvență și că a fost înscrisă în tabelul preliminar de creanțe, context în care ... nu mai înregistrează debite fiscale exigibile. A precizat, de asemenea, că în cauză sunt incidente prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în sensul că deschiderea procedurii de insolvență în privința societății ... nu conduce, în mod automat, la respingerea ofertei depuse de

În susținerea decizie de respingere a ofertei, autoritatea contractantă a precizat că ... nu a prezentat documente din care să rezulte ca ..., care se află în faza de observație, a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, că manifestarea expresă a intenției de reorganizare nu echivalează cu adoptarea măsurilor necesare în vederea întocmirii unui plan de reorganizare, că ... nu a furnizat astfel de dovezi și nici nu a demonstrat fiabilitatea acestuia și că ... nu a făcut dovada îndeplinirii obligației de a plăti debitele fiscale.

Cu privire la nelegalitatea acestei decizii a autorității contractante, contestatoarea precizează că trebuie verificat, prioritar, în ce măsură decizia autorității contractante de constatare a incidenței unor motive de excludere în privința terțului susținător este legală și temeinică și, subsecvent, dacă aceasta este legală, dacă autoritatea avea obligația de a solicita clarificări și, în final, doar după ce se va constata că decizia este întemeiată/legală, că nu s-au respectat prevederile imperative ale art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere că existența unui motiv de excludere nu conduce la respingerea automată a ofertanților, aceștia având posibilitatea de a parcurge procedura de *self-cleaning* în fața autorităților contractante și de a prezenta măsurile concrete pe care le-au luat pentru a remedia neregularitatea constatată, rezultă că CNSC trebuie să analizeze în ce măsură autoritatea contractantă a apreciat legal și temeinic, în privința terțului susținător, că nu sunt incidente prevederile art. 167 alin. (2) din Lege, dar și că acesta înregistrează în continuare datorii la bugetul de stat.

Doar după ce aceste constatări vor fi confirmate, autoritatea contractantă ar fi avut obligația de a solicita clarificări, în măsura în care aprecia că anumite aspecte nu sunt pe deplin lămurite.

Potrivit contestatoarei, procedura de *self-cleaning*, reglementată în noua legislație a achizițiilor publice, vine în sprijinul societăților care au comis infracțiuni, abateri sau care se află în anumite situații particulare (e.g. insolvență), instituind obligația acestora de a comunica către autoritatea contractantă toate informațiile și documentele necesare, în vederea dovedirii luării unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal care să fie apte să preîntâmpine săvârșirea unor noi infracțiuni sau a unor fapte ilicite, precum și informații care să ateste capacitatea și fiabilitatea operatorului de a executa contractul de achiziție publică (în cazul în care există această îndoială legitimă-cazul insolvenței sau a unor încălcări grave/repetate în cadrul unui contract anterior).

Autoritatea contractantă este cea care apreciază integritatea și fiabilitatea fiecărui ofertant și decide dacă trebuie să fie exclus din procedură, prin raportate la măsurile concrete luate de către ofertant și dovedite în fața autorității.

Contestatoarea mai susține că, în cazul concret al motivului de excludere ce vizează insolvența unui membru al asocierii, a unui subcontractant sau a unui terț susținător, legea particularizează și reglementează în mod expres care sunt elementele pe care autoritatea contractantă trebuie să le verifice, în funcție de etapa în care se află procedura insolvenței. Autoritatea contractantă nu ar trebui să excludă din procedură un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura insolvenței atunci când, pe baza informațiilor și a documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, acesta dovedește că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică și, în situația în care societatea se află în faza de observație, că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă a activității curente.

Concret, contestatoarea arată că, în cadrul DUAЕ, ..., la pct. C: Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, terțul susținător a arătat în mod clar și complet care sunt elementele de fapt care justifică capacitatea acestuia de a executa contractul, precum și măsurile luate pentru întocmirea unui plan de reorganizare; din analiza documentelor prezentate în acest sens rezultă că ... a declarat încă din DUAЕ starea de insolvență și a indicat care sunt motivele care dovedesc capacitatea de a executa contractul, *inter alia*, că: (i) societatea și-a exprimat intenția de a depune un plan de reorganizare; (ii) nu s-a dispus ridicarea dreptului de administrare; (iii) societatea are capacitatea

tehnică și profesională pentru executarea contractului, dat fiind că are peste 200 de salariați calificați, precum și utilaje/echipamente, în această ultimă privință ... depunând documente referitoare la aceste afirmații, până la data limită de depunere a ofertelor.

În urma comunicării documentelor suport DUAЕ, Autoritatea contractantă a solicitat (adresa nr.) clarificări referitoare doar la certificatul ... privind societatea ..., privind datoria înregistrată la organele fiscale, fără a solicita în mod clar/ suficient documente specifice privind insolvența terțului susținător.

Cu toate că a fost solicitată o clarificare strict referitoare la debitul fiscal, ... a comunicat punctul de vedere ..., precum și înscrisuri din care rezultă că nu se impune excluderea terțului susținător (privind situația insolvenței ..., precum și Buletinul procedurii insolvenței, din care rezultă că ... a fost înscrisă la masa credală), în condițiile în care acesta a făcut demersuri pentru adoptarea unui plan de reorganizare, iar certificatul fiscal emis de ... arată că terțul susținător are de restituit „0” lei.

Fiabilitatea și capacitatea de a executa contractul a fost dovedită de către ..., fiind depuse înscrisuri justificative, încă de la momentul depunerii ofertei, însă acestea nu au fost analizate de către comisia de evaluare.

Din adresa nr. ... emisă de ... transmisă către ..., aceasta susține că și-a manifestat expres intenția de reorganizare în cadrul procedurii generale a insolvenței și de achitare a debitului respectiv în conformitate cu prevederile Legii 85/2014 în cursul unui plan de reorganizare ce ar urma să fie depus de către aceasta. Manifestarea expresă a intenției de reorganizare în cadrul procedurii generale a insolvenței astfel cum a arătat operatorul economic ..., prin adresa depusă, nu echivalează cu situația în care operatorul economic, fiind în faza de observație în cadrul procedurii insolvenței, ar fi adoptat măsurile necesare în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil care ar permite continuarea activității curente într-un mod sustenabil.

Contrar celor reținute de către autoritatea contractantă, trebuie să se rețină că manifestarea intenției de a depune un plan de reorganizare reprezintă cea mai necesară și concretă măsură care poate fi luată de către o societate față de care s-a deschis procedura de insolvență. În accepțiunea autorității contractante, ... ar fi trebuit să fi formulat deja un plan de reorganizare, ceea ce este de neconceput, întrucât contravine etapelor pe care trebuie să le parcurgă procedura insolvenței, pentru a se reorganiza activitatea debitoare, etape care nu pot fi sărite.

Pe de altă parte, trebuie să se rețină că, așa cum a arătat și ... (aspecte nevalorificate de autoritatea contractantă), acesteia nu i-a fost ridicat dreptul de administrare, ceea ce înseamnă că poate desfășura toate activitățile curente și să facă plăți către creditorii cunoscuți.

Concluzionând, în opinia contestatoarei, trebuie să se constate că ... a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, (în sensul că și-a declarat intenția de reorganizare, continuă să-și desfășoare activitatea economică și activitățile curente aferente - are peste 200 de salariați, precum și utilaje/echipamente care pot susține derularea contractelor - aspecte aduse pe deplin la cunoștința autorității), fapt ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente (faptul că și-a declarat intenția de a se reorganiza a condus la continuarea activității curente, întrucât nu s-a ridicat dreptul de administrare).

În plus, în Procesul-verbal nr. ... - evaluarea documentelor suport DUAЕ, se precizează că *"... figurează cu datorii de ... lei la data de întâi a lunii următoare eliberării prezentului act. pag. 130"*, dar nu menționează că începând cu pag. 132 s-au depus documente precum: Cerere de admitere a creanței, precum și alte documente de la ..., inclusiv document care susțin faptul că ... nu are obligații fiscale curente și exigibile la plată, ceea ce înseamnă că autoritatea nu a examinat în mod complet toate documentele depuse de ..., din care rezultă că terțul susținător nu are datorii către bugetul de stat.

Mai arată contestatoarea că, decizia autorității contractante sub aspectul efectelor pe care le produce deschiderea procedurii de insolvență este neîntemeiată și nelegală, având în vedere că deschiderea procedurii de insolvență impacterază indisolubil asupra tuturor creanțelor pe care debitoarea le are anterior acestui moment, acestea urmând a fi înscrise în tabelul de creanțe, nemaifiind creanțe exigibile.

Autoritatea contractantă a reținut că art. 75 alin. (1) din Legea insolvenței prevede că se suspendă posibilitatea valorificării creanțelor în afara procedurii de insolvență, însă nu și exigibilitatea acestora.

Potrivit contestatoarei, din analiza legislației incidente în materie, rezultă că deschiderea procedurii de insolvență suspendă de drept toate acțiunile judiciare și de executare silită împotriva debitorului, creditorii fiind obligați să facă o cerere de înscriere la masa credală, întrucât, în lipsa unei astfel de cereri, aceștia nu pot participa la distribuirea sumelor de bani ce se efectuează în reorganizare sau în faliment, după caz.

Având în vedere că debitoarea și-a exprimat intenția de a se reorganiza, creditorii vor fi plătiți conform programului de plată, aprobat prin planul de reorganizare, incluzând și organele fiscale, sumele devenind exigibile doar după trecerea termenului de plată stabilit prin plan.

Odată cu deschiderea procedurii de insolvență, aceasta este obligatorie, consensuală și colectivă, creditorii fiind obligați să-și exercite drepturile de creanță împotriva debitorului doar cu respectarea dispozițiilor legii insolvenței, în sensul că trebuie să se înscrie la masa

credală, să-și exercite dreptul la vot și să-și satisfacă creanța doar în condițiile planului de reorganizare sau a ordinii de distribuire din faliment, potrivit art. 161 din Legea insolvenței, după caz.

De la data deschiderii procedurii, creditorul nu mai are o creanță exigibilă împotriva debitorului (deoarece nu poate recurge la executarea silită în natură), astfel încât satisfacerea creanței este condiționată de exigibilitatea acesteia, care intervine în condițiile strict reglementate de procedura specială (programul de plată).

Totodată, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă avea obligația de a-i solicita clarificările și documentele pe care le aprecia necesare în vederea dovedirii capacității terțului susținător sau explicații suplimentare cu privire la certificatul de atestare fiscală, în virtutea principiului proporționalității și a obligației prevăzută la art. 134 din HG nr. 395/2016 și art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Potrivit contestatoarei, autoritatea contractantă nu putea, fără să solicite clarificări suplimentare, să excludă pe ..., reținând că nu este fiabil, atât timp cât nu a solicitat, într-un mod suficient de clar și de explicit documentele pe care le aprecia necesare, în vederea analizării acestui aspect. Aceleași argumente se impun și față de certificatul de atestare fiscală, autoritatea fiind obligată să solicite clarificări suplimentare, într-o manieră (clară și suficientă) care să permită înțelegerea solicitării autorității contractante.

Cu privire la depunerea ofertei sale, în cadrul factorului de evaluare privind Managerul de contract/coordonatorul de contract, contestatoarea arată că recomandarea emisă de către Primăria ... cu privire la "Reabilitarea străzilor din municipiul ..." se încadrează în cerința privind experiența similară a managerului de contract și trebuia să fie punctată corespunzător. De asemenea, trebuia să fie punctată corespunzător și recomandarea pentru lucrările aferente "Reabilitare DJ 121, Covasna – Zabala - Imeni" emisă de către INFRA Design Office SRL și contrasemnată de către dirigințele de șantier care reprezintă beneficiarul final. În opinia sa, ... și-a îndeplinit obligația de a depune recomandări emise de către beneficiari, fiind excesiv și nesolicitat, ca beneficiarul să menționeze în mod expres care este clasa tehnică a drumului public.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr., autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației formulată de ..., motivat de următoarele aspecte:

- dat fiind certificatul ... nr. ... prezentat de terțul susținător ... din care reieșea existența unei obligații bugetare de ... lei, ofertantului i-au fost solicitate clarificări cu privire la acest aspect;
- în urma evaluării răspunsului transmis de ofertant s-a concluzionat că operatorul economic ... SRL nu a demonstrat că ar fi

exceptat de la prevederile art. 165 alin. 1 (b) și că s-ar încadra în situația de excepție prevăzută de art. 167 alin. (2), nici în situația prevăzută de art. 166 alin (2), acesta neprezentând documente din care să reiasă fără echivoc faptul 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, o activității curente;

- din adresa nr. ... emisă de ... transmisă către ..., aceasta susține că și-a manifestat expres intenția de reorganizare în cadrul procedurii generale a insolvenței și de achitare a debitului respectiv în conformitate cu prevederile Legii nr. 85/2014 în cursul unui plan de reorganizare ce ar urma să fie depus de către aceasta;

- manifestarea expresă a intenției de reorganizare în cadrul procedurii generale a insolvenței astfel cum a arătat operatorul economic ..., prin adresa depusă, nu ar echivala cu situația în care acesta fiind în faza de observație în cadrul procedurii insolvenței ar fi adoptat măsurile necesare în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil care ar permite continuarea activității curente într-un mod sustenabil;

- din documentele puse la dispoziție de contestatoare, nu rezultă că terțul susținător ... a furnizat dovezi concrete privind adoptarea unor măsuri necesare în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil care să demonstreze continuarea activității curente într-un mod sustenabil și care să demonstreze fiabilitatea acestuia raportat la exigentele legale (art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016), astfel că acesta nu se încadrează în ipoteza prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- astfel rezultă că nu sunt întrunite condițiile expres și cumulativ prevăzute de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Mai mult decât atât, conform art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 s-a reținut faptul că se suspendă posibilitatea valorificării creanțelor în afara procedurii de insolvență, însă nu și exigibilitatea acesteia, drept pentru care analizând coroborat cu prevederile în materia achizițiilor publice, sunt incidente prevederile art. 165 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016;

- operatorilor economici aflați în insolvență le este permis să participe la procedura de achiziție publică, art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2016 reglementând situația în care debitorul aflat în stare de insolvență nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pe motivul deschiderii procedurii, accentuând voința legiuitorului de a asigura o protecție corespunzătoare societăților comerciale aflate în dificultate; raportat la prevederile legale incidente prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă este obligată, neavând dreptul sau facultatea astfel cum susține, în mod

eronat contestatoarea, de a exclude un ofertant aflat în procedura insolvenței;

- norma care instituie excepția este precizată la alin. (2) al aceleiași prevederi legale, respectiv că acesta, aflându-se în faza de observație a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente;

- 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. Astfel, este obligația contestatoarei (cine reclamă trebuie să probeze) care are interes de a evita excluderea de la procedura de atribuire, de a prezenta documente din care să rezulte faptul că se află în situația de excepție, respectiv să dovedească faptul că are capacitatea de a executa contractul și a adopta măsuri necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil;

- în cadrul procedurii de atribuire, față de terțul susținător/subcontractant ... s-a deschis procedura generală de insolvență la data de în dosarul nr., iar la momentul analizării situației privind terțul susținător, dosarul de insolvență s-a amânat pentru termenul din în vederea continuării demersurilor în procedură, evaluării bunurilor debitorului, soluționării contestațiilor;

- din adresa nr. ..., emisă de ..., transmisă către ..., aceasta susține că și-a manifestat expres intenția de reorganizare în cadrul procedurii generale a insolvenței și de achitare a debitului respectiv în conformitate cu prevederile Legii nr. 85/2014 în cursul unui plan de reorganizare ce ar urma să fie depus de către aceasta. Astfel, simpla alegație a contestatoarei și simpla adresă declarativă a terțului susținător ..., nesusținută de documente suport, prin care precizează că și-a manifestat intenția de reorganizare în cadrul procedurii generale a insolvenței nu sunt suficiente pentru a beneficia de excepția instituită de lege - art. 167 alin. (2) din lege și pentru a determina autoritatea contractantă la aplicarea acestei norme de excepție;

- este eronată alegația conform căreia autoritatea contractantă a exclus din procedură Asocierea L doar pentru motivul că terțul susținător ... înregistrează datorii la bugetul de stat. Comisia de evaluare a exclus ofertantul din procedură, pe de o parte, pentru că se află în situația de excludere de la art. 164, 165 și 167 din lege, iar, pe de altă parte, pentru că în urma solicitării de clarificări privind documentele suport ale terțului ... acesta nu prezintă dovezi concludente în urma

căroră să poată fi încadrat în prevederile art. 167 alin. (2) din HG nr. 395/2016;

- nu pot fi luate în considerare nici susținerile contestatoarei din cadrul contestației cu privire la faptul că terțul susținător are "la data prezentei, în portofoliu, în stadii diferite de derulare, execuție și finalizare, o serie de proiecte cu grade complexe de execuție", are în organigrama sa suficient personal calificat cu o înaltă expertiză tehnică necesară realizării proiectelor de infrastructură și/sau suprastructură, cu volume mai mari de lucrări și cu grad ridicat de dificultate în execuție", deoarece existența unei serii de proiecte cu grade de complexitate în derulare nu conduce, în mod automat, la conferirea capacității societății de a executa prezentul contract de achiziție publică. În lipsa dovezilor concrete care să fi fost depuse în cadrul procedurii de atribuire, cu privire la adoptarea unor măsuri necesare în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil care să demonstreze continuarea activității curente într-un mod sustenabil și care să demonstreze fiabilitatea acestuia raportat la exigențele legale (art. 167 alin. (2) din legea nr. 98/2016), rezultă că această situație nu se încadrează în ipoteza prevăzută de art. 167 alin. (2) din legea nr. 98/2016;

- din poziția contestatoarei nu rezultă că aceasta a furnizat elemente concrete privind măsurile întreprinse în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil din care să rezulte încadrarea în situația de excepție conferită de lege, ci aceasta s-a rezumat la a da o interpretare falsă și eronată asupra caracterului motivelor de excludere, potrivit art. 167 alin. (1) lit. b) din legea nr. 98/2016, susținând că acesta este facultativ, în ciuda faptului că prevederile legale incidente prevăd în mod imperativ ca autoritatea contractantă să excludă operatorul economic care se află în stare de insolvență - art. 167 alin. (1) lit. b), iar alin. (2) instituind în mod clar situația de excepție;

- criticile aduse de contestatoare cu privire la decizia autorității contractante de excludere a contestatoarei sunt de ordin subiectiv și nu sunt în măsură să înfrângă faptul că un operator economic aflat în procedura de insolvență trebuie să prezinte, sub sancțiunea excluderii, dovezi ferme și concrete care se încadrează în situația de excepție reglementată de lege, solicitarea de clarificări a autorității contractante transmisă în termen legal societății contestatoare probează intenția acesteia de a verifica situația concretă;

- faptul de a imputa autorității contractante că nu a procedat la solicitarea de clarificări suplimentare în condițiile în care din documentele depuse în cadrul procedurii, nu reiese că au fost depuse dovezi ferme care să reflecte că terțul susținător se află în situația de excepție conform normei de strictă aplicare prevăzută de art. 167 alin. (2) din lege - și s-a impus astfel excluderea candidatului, ar echivala cu situația

în care autoritatea contractantă ar încălca flagrant dispozițiile imperative ale legii. Ar fi absurd ca, în urma soluționării contestației, să se decidă că autoritatea contractantă să fie obligată să atribuie un contract pe 15 luni unui operator economic care aduce un terț susținător care nu oferă certitudinea capacității de executare a contractului și care nu oferă măsuri concrete adoptate în perioada de observație pentru a se putea concluziona cu privire la posibilitatea acestuia de a continua activitatea într-o manieră sustenabilă;

- capacitatea unui operator economic de a executa contractul de achiziție publică nu se prezumă, ci trebuie dovedită cu probe pertinente, concludente și veridice ceea ce nu există la dosarul achiziției publice. Astfel, acest terț susținător se află în faza de observație în cadrul procedurii de insolvență, nu a adus dovezi concrete cu privire la luarea unor măsuri necesare în vederea unui plan de reorganizare fezabil care să demonstreze fiabilitatea acestuia, la momentul analizării nu există măsuri concrete luate în vederea întocmirii unui plan de reorganizare și care să fie aprobat de judecătorul sindic și confirmat de adunarea creditorilor, evident existând un decalaj cronologic și temporal față de procedura de achiziție publică care se impune a se desfășura cu celeritate, mai ales că autoritatea contractantă a încheiat un contract de finanțare care conține termene imperative;

- criticile contestatoarei legate de încălcarea prevederilor art. 183 din Legea nr. 98/2016 sunt nefondate, ofertantului fiindu-i solicitate clarificări cu privire la prezentarea de dovezi privind neîncadrarea terțului în situațiile de la art. 164, 165 și 167, răspunsul acestuia fiind doar afirmații nesusținute de dovezi. În loc să prezinte documente pentru înlocuirea terțului susținător, ... a ales să susțină în continuare că ... se încadrează în situația de excepție permisă de art. 167 alin. (2) din HG nr. 395/2016, fără însă a prezenta documente din care să reiasă fără echivoc ca în situația în care s-ar impune, acesta ar fi în măsură să ducă contractul la bun sfârșit;

- ... este confuză cu privire la faptul că terțul ... se încadrează sau nu în excepția prevăzută la art. 167 alin. (2) din HG nr. 395/2016, întrucât, pe de o parte, solicită anularea rezultatului procedurii și obligarea autorității contractante să solicite înlocuirea terțului susținător ca urmare a constatării faptului că acesta se încadrează într-un motiv de excludere prevăzut de art. 164, 165 și 167 din lege, iar, pe de altă parte, susține că, de fapt, terțul susținător ... este conform și admisibil și îndeplinește condițiile impuse prin art. 167 alin. (2) din HG nr. 395/2016;

- critica potrivit căreia autoritatea contractantă și-a încălcat obligația de a solicita clarificări, nu poate fi susținută întrucât au fost solicitate clarificări de câte ori comisia a considerat că are nevoie de

lămuriri suplimentare față de cele prezentate în ofertă. Operatorii economici au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire (astfel cum a fost publicată de autoritatea contractantă în SEAP). Orice operator economic interesat să participe la o procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, astfel încât să nu existe neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei. Întocmirea deficitară a ofertei depuse este imputabilă ofertantului, iar autoritatea contractantă are obligația de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației de atribuire;

- chiar și în situația în care autoritatea îi cere explicații punctuale cum este cazul în speță, ofertantul nu poate profita de clarificarea transmisă de autoritate pentru a încerca să își transforme oferta neconformă/inacceptabilă în una conformă/admisibilă, comportament sancționat atât de principiul tratamentului egal între ofertanți, prescris de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cât și de prevederile art. 49 și ale art. 209 din același act normativ.

În ceea ce privește argumentele aduse de contestatoare în cadrul contestației, legate de depunctarea ofertei contestatoarei ... în cadrul factorului de evaluare privind Managerul de contract/Coordonatorul de contract, autoritatea contractantă precizează că acestea sunt nefondate. Potrivit acesteia, comisia de evaluare a considerat punctarea acestui subfactor tehnic cu 8 puncte, fiind luate în considerare un număr de 4 contracte din cele depuse, din care reiese fără echivoc îndeplinirea experienței similare a persoanei nominalizate Partene Bogdan, în poziția de manager de contract în contracte de proiectare și execuție lucrări sau execuție lucrări de construcție/ modernizare/reabilitare/consolidare/ extindere aferente unor lucrări de drumuri care se încadrează cel puțin în clasa tehnică IV, conform Ordinului nr. 1295/2017 pentru aprobarea Normelor tehnice privind stabilirea clasei tehnice a drumurilor publice.

Mai mult decât atât, prin rezultatul procedurii, Asocieria a fost clasată pe locul I după aplicarea criteriului de atribuire, or verificarea documentelor suport DUAЕ a fost etapa ulterioară evaluării etapei tehnice, drept pentru care rezultatul procedurii nu s-ar fi schimbat nici măcar în ipoteza în care acesta ar fi fost punctat cu 10 puncte.

Prin cererea de intervenție formulată, ... a solicitat respingerea ca neîntemeiată a contestației În susținere, a precizat, în esență, următoarele:

- în mod corect, autoritatea contractantă a reținut incidența în speță a prevederilor art. 165 alin. (1) și a art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, precum și inaplicabilitatea prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016;

- fără a pune în discuție posibilitatea debitorului aflat în procedura insolvenței de a participa la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii, în exprimarea art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, 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, 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 (...);*

- pentru a nu fi exclus din procedură, operatorul economic, aflat în faza de observație, trebuia să demonstreze că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil. Or, societatea contestatoare nu a făcut dovada respectării articolului amintit în ceea ce privește terțul susținător ...;

- așa-zisele informații și documente furnizate de terțul susținător nu pot fi considerate ca făcând dovada măsurilor concrete adoptate în scopul demonstrării capacității sale de a executa contractul de achiziție publică, iar, în acest context, a măsurilor necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil;

- în cazul terțului susținător ..., în DUAЕ depus au fost făcute doar declarații privind pretinsa capacitate de executare a contractului prin indicarea numărului total de salariați, a numărului total de utilaje, o referință generală privind existența unor contracte în derulare și „sprijinul băncii pentru obținerea de facilități financiare privind contracte ce urmează a fi executate”;

- ca răspuns la solicitarea de clarificări adresată de Autoritatea Contractantă cu privire la certificatul ... în care era indicată datoria fiscală a ..., ... a înțeles să transmită și „înscrieri din care rezultă capacitatea tehnică și profesională a terțului susținător, dar și cea privind echipamentele/utilajele pe care acesta le deține în proprietate”;

- aceste informații și documente nu pot în niciun caz a fi considerate că demonstrează capacitatea de executare a contractului de achiziție publică, respectiv 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 mod corect a reținut autoritatea contractantă în ceea ce privește oferta ... că *„Manifestarea expresă a intenției de reorganizare în cadrul procedurii generale a insolvenței astfel cum a arătat operatorul economic ... prin adresa depusă nu echivalează cu situația în care*

operatorul economic ... fiind în faza de observație în cadrul procedurii insolvenței ar fi adoptat măsurile necesare în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil care ar permite continuarea activității curente într-un mod sustenabil”;

- susținerile în sensul că manifestarea intenției de a depune un plan de reorganizare reprezintă cea mai necesară și concretă măsură care poate fi luată de către o societate față de care s-a deschis procedura de insolvență, nu pot fi acceptate și nici argumentul că ... și-a declarat intenția de a se reorganiza a condus la continuarea activității curente, întrucât nu s-a ridicat dreptul de administrare, nu poate fi primit;

- dreptul de administrare al unei societăți debitoare reprezintă posibilitatea de a-și desfășura activitatea în continuare, de a-și conserva și administra bunurile și de a dispune de aceste bunuri, dar aceasta nu echivalează nici cu capacitatea de a executa contractul de achiziție publică și nici cu adoptarea măsurilor necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil;

- la fel de corect autoritatea contractantă a reținut incidența motivului de excludere prevăzut de art. 165 din Legea nr. 98/2016 în ceea ce privește terțul susținător ... care înregistrează datoriile fiscale și alte obligații bugetare în cuantum de ... lei. Chiar dacă această creanță este anterioară deschiderii procedurii insolvenței și a fost, conform susținerilor ..., înscrisă în tabelul preliminar de creanțe, nu se poate considera că ... nu ar mai înregistra debite fiscale exigibile;

- chiar dacă operatorul economic se află în insolvență, condițiile prevăzute de art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 pentru a beneficia de excepția de la excluderea din procedura de atribuire, sunt în continuare aplicabile. Astfel, atât timp cât debitorul nu își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau nu beneficiază, în condițiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor, excluderea din procedură este singura măsură legală și corectă;

- din interpretarea dispozițiilor art. 165 și art. 166 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 mai sus menționate, rezultă că, pentru a putea exclude un operator economic dintr-o procedură de atribuire, trebuie să fie îndeplinite 3 condiții cumulative, după cum urmează: (a) operatorul economic să fi încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat; (b) cuantumul impozitelor, taxelor și contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate și restante să fie mai mare de 10.000 lei; (c) anterior deciziei de excludere, să nu își îndeplinească obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere

a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eșalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor;

- este evident că sunt întrunite condițiile cumulative mai sus iterate, respectiv contestatoarea și-a încălcat obligațiile de plată a impozitelor, cuantumul acestora depășește suma de 10.000 lei, iar până la data deciziei de excludere acesta nu a făcut nici un demers de a-și achita obligațiile fiscale restante și nici nu a făcut dovada că beneficiază, în condițiile legii, de eșalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor;

- deși nu s-au solicitat expres documente și informații privind situația terțului susținător ..., aflat în insolvență, ci strict clarificări privind datoriile fiscale din certificatul ..., totuși, ... a transmis documente și informații referitoare la starea de insolvență. Astfel, nu se poate considera că autoritatea contractantă avea vreo obligație suplimentară de a solicita alte clarificări ofertantului. Dimpotrivă, autoritatea contractantă, având toate informațiile necesare, a procedat la evaluarea ofertei ... întocmai.

Din moment ce ofertantul, în mod voluntar, a transmis autorității contractante documente și informații referitoare la insolvența ..., iar, conform propriilor sale susțineri, „informațiile și documentele furnizate de terțul susținător fac dovada măsurilor concrete adoptate”, este absurdă susținerea contestatoarei în sensul obligației de solicitare a altor clarificări;

- art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 stabilește dreptul, iar nu obligația autorității contractante de a solicita clarificări. Mai mult decât atât, clarificările ar putea să fie solicitate numai în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente. Or, în cazul ofertei ..., nu poate fi vorba despre caracterul incomplet sau eronat sau lipsa anumitor documente. Documentele au existat, însă nu au fost de natură să demonstreze (1) pe de o parte, stingerea/eșalonarea la plată a datoriilor fiscale, iar (2) pe de altă parte, nici capacitatea ... de a executa contractul și adoptarea măsurilor necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil în condițiile stării de insolvență în care se află. În esență, documentele transmise de ... nu pot demonstra încadrarea în nicio situație de excepție de la excluderea din procedura de atribuire;

- critica formulată de ... în sensul în care autoritatea contractantă avea obligația să solicite înlocuirea terțului susținător ... este neîntemeiată. Contestatoarea ignoră condiția *sine qua non* pentru a fi

aplicabilă o astfel de obligație a autorității contractante - respectarea principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016;

- autoritatea contractantă a depunctat, în mod corect, oferta ... în cadrul factorului de evaluare privind Managerul de contract/Coordonatorul de contract; în acest sens, se poate observa faptul că recomandările depuse de ..., emise de Primăria ... și Primăria Sinaia atestă că persoana propusă de ofertant a ocupat poziția de *coordonator/șef echipă*. Așadar, persoana în cauză nu îndeplinește oricum cerința de poziție similară celei solicitate. *Coordonatorul/șeful de echipă* nu poate fi echivalat cu Managerul de contract/Coordonatorul de contract.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr., ... a transmis „Concluzii scrise” ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante și a cererii de intervenție formulată de

Referitor la susținerile autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere, contestatoarea face următoarele mențiuni: autoritatea contractantă încearcă să-și nuanțeze argumentele, prin completarea conținutului actului atacat, ceea ce este inadmisibil, întrucât legalitatea actului se verifică prin raportare la conținutul acestuia și nu la alte apărări aduse într-un proces.

Afirmațiile organizatoarei procedurii sunt neîntemeiate, acestea fiind fundamentate pe o greșită aplicare a prevederilor Legii insolvenței.

Orice analiză trebuie să aibă ca premisă prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care stabilește că nu este exclus din procedura de atribuire operatorul economic care a adoptat măsurile necesare pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil, ce permite, continuarea activității curente. Or, *„măsurile necesare pentru întocmirea unui plan de reorganizare”* nu este o sintagmă care poate fi interpretată în afara normelor ce reglementează procedura insolvenței, pentru a se ajunge la concluzia că *„există un decalaj cronologic și temporal față de procedura de achiziție publică”*, această etapă a procedurii de insolvență fiind caracterizată prin faptul că se efectuează demersuri în vederea întocmirii unui plan de reorganizare.

Nu poate fi reținut un decalaj cronologic față de procedura de atribuire, susține contestatoarea, în condițiile în care ... se află în perioada de observație, iar aspectele ce trebuie verificate de autoritatea contractantă sunt strict prevăzute de norma legală menționată.

Analiza pe care trebuia să o efectueze autoritatea contractantă nu poate ignora etapele obligatorii pe care trebuie să le parcurgă o societate în insolvență, precum și normele imperative care reglementează aceasta procedură.

Mai mult decât atât, învederează contestatoarea, autoritatea contractantă doar afirmă că terțul susținător nu ar fi furnizat dovezi concrete, fără a preciza ce dovezi lipsesc și care ar fi trebuit prezentate de terțul susținător și nici de ce documentele puse la dispoziție nu pot fi considerate dovezi concludente care să „demonstreze continuarea activității curente într-un mod sustenabil” și „fiabilitatea acestuia raportat la exigentele legale (art. 167 alin. (2) Legea nr. 98/2016)”.

Prin adresa nr., autoritatea contractantă a cerut informații exclusiv cu privire la certificatul fiscal al ... și nu cu privire la insolvența ..., ignorând două etape legale pe care trebuia să le parcurgă înainte de a respinge oferta ... pe motiv că terțul susținător s-ar afla într-o situație de excludere ce ține de insolvența acestuia din urmă. Această etapă, de solicitare înlocuire terț, urma să fie parcursă de autoritate doar dacă, în urma clarificărilor transmise ofertantului cu privire la insolvența ..., constata că terțul se află într-o situație de excludere. Or, în cazul de față, autoritatea contractantă a omis etapele de mai sus, tratând practic terțul susținător ca pe un asociat, cu ignorarea prevederile exprese de la art. 183 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la susținerile ... din cuprinsul cererii de intervenție, contestatoarea apreciază că argumentele aduse de intervenientă, în sprijinul actelor emise de autoritatea contractantă, tind să ignore conținutul clar al normelor legale invocate de ..., precum și jurisprudența europeană invocată și, în special, au rolul de a completa documentele cu motivele pe care aceasta consideră că ar fi trebuit să le conțină actele atacate, ceea ce este nepermis, analiza de legalitate urmând a fi efectuată strict în raport cu actele emise și cu justificările care sunt cuprinse în acestea.

Sub un prim aspect, în ceea ce privește apărările invocate la pct. 2.2 din cererea de intervenție cu privire la pretinsa incidență a motivului de excludere generat de starea de insolvență a terțului susținător, contestatoarea solicită înlăturarea acestora.

Sub un al doilea aspect, în ceea ce privește pretinsa incidență a motivului de excludere prevăzut la art. 165 din Legea nr. 98/2016, relativ la datoriile fiscale pretins înregistrate de către ..., având în vedere că intervenienta nu invocă aspecte noi, contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere argumentele invocate la pct. 60 și următoarele din contestație, în care a arătat că terțul susținător are „0” lei de restituit către organul fiscal, întrucât creanța acestuia nu este exigibilă.

Sub un al treilea aspect, în ceea ce privește argumentația intervenției cu privire la inexistența obligației, ci a dreptului autorității contractante de a solicita clarificări, contestatoarea precizează că ... face o confuzie conceptuală între situația generală reglementată de art. 209 din Legea nr. 98/2016, în care autoritatea are dreptul de a solicita

clarificări și situația specifică din prezenta procedură de atribuire, în care acest drept devine o obligație. Această diferență este dată de împrejurarea că, în prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă era pusă în situația de a aplica motive facultative de excludere și a ales să aplice cea mai drastică măsură, în loc să acorde o atenție sporită și să solicite clarificări.

Sub un al patrulea aspect, referitor la afirmațiile potrivit cărora aplicarea art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 ar aduce o atingere a principiului tratamentului egal, contestatoarea solicită înlăturarea acestor alegații, având în vedere că se pleacă de la o premisă fundamental greșită. Modalitatea în care intervenienta înțelege să interpreteze prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, este în măsură să lase fără niciun conținut obligația autorității contractante de a solicita înlocuirea terțului.

În concluzie, ... solicită Consiliului să dispună înlăturarea apărărilor invocate de autoritatea contractantă și de intervenientă, cu consecința admiterii contestației, astfel cum a fost formulată.

Consiliul are în vedere că, în cauză, ..., ofertant declarat câștigător în cadrul acestei proceduri, a formulat cerere de intervenție prin care solicită Consiliului, respingerea contestației formulate, ca nefondată.

Constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă și de art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, în temeiul art. 63 și art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție, în sprijinul autorității contractante, și va dispune introducerea în cauză, în calitate de intervenient, a acestuia.

Preliminar, Consiliul constată că ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... a organizat o procedură de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „....”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., criteriul de atribuire aplicat fiind „cel mai bun raport calitate-preț”. Valoarea totală estimată a contractului care urmează a fi atribuit în este lei, fără TVA.

Nemuțumită de rezultatul procedurii potrivit căruia oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, întrucât nu a demonstrat că ar fi exceptat de la prevederile art. 165 alin. (1) și că s-ar încadra în situația de excepție prevăzută la art. 167 alin. (2), întrucât nu rezultă că terțul susținător ... a furnizat dovezi concrete privind adoptarea unor măsuri necesare în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil care să demonstreze continuarea activității curente într-un mod sustenabil și care să demonstreze fiabilitatea acestuia raportat la exigențele legale, ... a

formulat prezenta contestație, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Consiliul constată că, pe parcursul evaluării ofertelor, motivul de respingere reținut de autoritatea contractantă a făcut și obiectul clarificărilor, respectiv, prin adresa nr., autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei să prezinte documente justificative pentru a demonstra informațiile prezentate în DUAE, întrucât s-a clasat pe primul loc. La această solicitare, contestatoarea a răspuns prin adresa nr. transmițând următorul răspuns: „atașăm prezentei adrese de răspuns documentele justificative actualizate pentru a demonstra informațiile prezentate în DUAE, precum și celelalte documente solicitate prin fișa de date atât pentru membri asocierii cât și pentru terții susținători și subcontractanții declarați”, la care a atașat printre altele certificatul de atestare fiscală nr., emis de pentru ... din care rezultă obligații fiscale/bugetare principale/ accesorii, la data de, în cuantum de ... lei, precum și o informare din partea ...: „referitor la obligațiile fiscale/bugetare constatate de certificatul de atestare fiscală nr. precizăm că acestea cuprind și sume restante aferente perioadei anterioare deschiderii procedurii (respectiv până la data de), sume care au făcut obiectul înscrierii în tabelul preliminar al creanțelor. Conform celor prevăzute de legea nr. (...), suma de lei trecută la lit. a) se încadrează la obligație de plată născută până la data intrării în insolvență, obligație de plată ce se suspendă, urmând a fi înscrisă la masa credală, conform procedurii de insolvență, nefiind exigibilă la plată în momentul de față. Astfel, conform celor menționate anterior, societatea ... nu are obligații fiscale curente și exigibile la plată”.

Prin adresa nr., autoritatea contractantă a revenit cu noi clarificări, cu privire la certificatul ... prezentat de către terțul susținător/subcontractant ..., respectiv: „să clarificați situația sumelor datorate de către ..., Agenției Naționale de Administrare Fiscală, care se reflectă în certificatul nr. conform căruia figurați cu obligații fiscale și alte obligații bugetare, în valoare de ... lei”.

La această solicitare, prin adresa nr. contestatoarea a răspuns astfel: „menționăm faptul că terțul susținător/ subcontractantul ... nu se află în ipotezele de la art. 165 alin. (2) coroborat cu art. 166 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pentru următoarele motive: societatea ... se află în insolvență așa cum reiese: atât din certificatul ... nr. ... (la pag. 2) cap. III Mențiuni relevante pentru situația fiscală a contribuabilului: Insolvență (...) de asemenea, ... se află în faza de observație cu intenția de a se reorganiza, astfel cum rezultă și din adresa nr. ...”.

Având a analiza legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatorului, prin prisma motivului de respingere, așa cum a fost stabilit, Consiliul reține că, la cap. III.1.1.a) – „*Capacitatea de exercitare*

a *activității profesionale*” din anunțul de participare, autoritatea contractantă a impus următoarele: „Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016”, iar ca modalitate de îndeplinire: „Se va prezenta DUAЕ în conformitate cu prevederile art. 193 alin. (1) din Legea 98/2016 iar documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate în DUAЕ urmează a fi prezentate la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor”. „Documentele justificative vor putea fi (...) 1. Certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc) la momentul prezentării. Aceste documente trebuie să ateste lipsa datoriilor restante la momentul prezentării certificatelor (...)”.

Dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016, la care se face trimitere în conținutul cerinței, reglementează două cazuri de excludere a ofertantului în cadrul procedurii, dar și excepția de la această regulă, respectiv: „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care:

a) fie are cunoștință că și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat sau cu cele ale statului membru al autorității contractante;

b) fie poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat.

(2) Operatorul economic nu este exclus din procedura de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor”.

O altă excepție de la regula excluderii din procedură a ofertantului aflat în oricare dintre cele două cazuri expres prevăzute de textul legal enunțat, a fost stabilită de legiuitor la art. 166 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, sub forma: „(2) Prin excepție de la dispozițiile art. 165 [alin. \(1\)](#) și [\(2\)](#), un operator economic nu este exclus din procedura de atribuire atunci când cuantumul impozitelor, taxelor și contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate și restante este mai mic de 10.000 lei”.

Prin contestația depusă, ... nu tăgăduiește cuantumul datoriilor sale de plată, însă susține că decizia de respingere a ofertei sale este nelegală, întrucât aplicabile sunt dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016, dată fiind starea de insolvență în care se află.

În analiza temeiniciei acestei susțineri, Consiliul reține că art. 167 din Legea nr. 98/2016 instituie cazuri de excludere distincte de cele prevăzute de art. 165 și 166 din Legea nr. 98/2016, respectiv: „(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”.

Cu toate acestea, și de la această regulă legiuitorul a prevăzut o excepție, aceasta fiind prevăzută la alin. (2) al art. 167 din Legea nr. 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 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”.

Dată fiind situația contestatoarei, incidente devin dispozițiile alin. (2) ale art. 167, care statuează asupra obligației comisiei de evaluare de a efectua verificări în sensul de a stabili dacă aceasta are capacitatea de a executa contractul, ținând cont de măsurile adoptate în vederea continuării activității.

Din actele aflate la dosarul cauzei, rezultă că, în considerarea stării de insolvență a contestatoarei, dovedită cu actele prezentate, comisia de evaluare nu a înțeles să dea eficiență dispozițiilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

După cum s-a arătat în cele de mai sus, cazurile de excludere prevăzute la art. 165 alin. (1) sunt distincte de cele prevăzute la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, și presupun verificări diferite, stabilite corespunzător de textele legale incidente fiecărei categorii dintre cazurile de excludere.

Astfel, autoritatea contractantă era obligată să concluzioneze în raport cu verificările aflate în sarcina sa prin prisma art. 167 alin. (1) din

Legea nr. 98/2016, iar nu prin raportare la texte legale care nu au nicio legătură cu aplicarea acestuia.

În aceste condiții, în cazul ofertantului aflat în perioada de observație, comisia de evaluare trebuie să stabilească pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de respectivul ofertant, dacă acesta are capacitatea de a executa contractul ce urmează a fi atribuit, respectiv dacă ofertantul se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, sau dacă planul de organizare a fost aprobat.

Astfel, revenea comisiei de evaluare obligația de a analiza explicațiile și documentele prezentate de acesta (contracte în derulare) pentru a putea stabili dacă acesta are capacitatea de a executa contractul, respectiv măsurile adoptate în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil.

Prin urmare, Consiliul concluzionează că, nu era îndreptățită, sub nicio formă, comisia de evaluare să sisteze verificarea la care era obligată și pe care a și inițiat-o, ci, cel mult, față de răspunsul primit din partea contestatoarei, să continue etapa de clarificare cu aceasta pentru a stabili cu certitudine dacă respectivele datorii sunt sau nu anterioare deschiderii procedurii insolvenței.

Relevante în soluționare sunt și următoarele dispoziții:

Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență:

- art. 5 pct. 29: „insolvența este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile și care se prezumă atunci când debitorul, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor; prezumția este relativă”;

- art. 75 alin. (1): „De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Valorificarea drepturilor acestora se poate face numai în cadrul procedurii insolvenței, prin depunerea cererilor de admitere a creanțelor. Repunerea pe rol a acestora este posibilă doar în cazul desființării hotărârii de deschidere a procedurii, a revocării încheierii de deschidere a procedurii sau în cazul închiderii procedurii în condițiile art. 178. În cazul în care hotărârea de deschidere a procedurii este desființată sau, după caz, revocată, acțiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului pot fi repuse pe rol, iar măsurile de executare silită pot fi reluate. La data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii, atât acțiunea judiciară sau extrajudiciară, cât și executările silite suspendate încetează”;

- art. 77 alin. (6): „Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii”;

- art. 102 alin. (6): „Creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală. Prevederea se aplică în mod corespunzător pentru creanțele născute după data deschiderii procedurii de faliment”;

- art. 112 alin. (1): „După ce toate contestațiile la creanțe au fost soluționate și s-a predat raportul de evaluare a garanțiilor, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va înregistra, de îndată, la tribunal și va publica în BPI tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva averii debitorului, arătând suma, prioritatea și situația fiecărei creanțe, beneficiară sau nu a unei cauze de preferință”;

Codul de Procedură Fiscală:

- art. 265 din Codul de procedură fiscală: „(1) În sensul prezentului cod este insolvabil debitorul ale cărui venituri și/sau bunuri urmăribile au o valoare mai mică decât obligațiile fiscale de plată sau care nu are venituri ori bunuri urmăribile. În acest sens, organul fiscal comunică debitorului procesul-verbal de insolvabilitate. (1¹) Se consideră debitori care nu au venituri sau bunuri urmăribile și următoarele categorii: a) debitorii ce dețin în proprietate bunuri a căror valorificare acoperă cel mult cheltuielile estimate de executare silită; b) debitorii care dețin în proprietate bunuri a căror valoare se încadrează în limita pragului prevăzut la art. 238 alin. (7) lit. b). (2) Pentru obligațiile fiscale ale debitorilor declarați în stare de insolvabilitate care nu au venituri sau bunuri urmăribile, conducătorul organului de executare silită dispune scoaterea creanței din evidența curentă și trecerea ei într-o evidență separată pe baza procesului-verbal de insolvabilitate. (3) În cazul debitorilor prevăzuți la alin. (2) executarea silită se întrerupe. Organul fiscal are obligația ca cel puțin o dată pe an să efectueze o investigație asupra stării acestor contribuabili, care nu constituie acte de executare silită. (4) În cazurile în care se constată că debitorii au dobândit venituri sau bunuri urmăribile, organele de executare silită iau măsurile necesare de trecere din evidența separată în evidența curentă și de executare silită. (4¹) În cazul în care ulterior declarării stării de insolvabilitate debitorii înregistrează alte obligații fiscale restante, organul fiscal comunică un proces-verbal adițional la procesul-verbal de insolvabilitate, în care se înscriu creanțele fiscale născute ulterior declarării stării de insolvabilitate. Prevederile alin. (2) - (4) se aplică în mod corespunzător. (5) În vederea recuperării creanțelor fiscale de la debitorii care se află în stare de insolvență potrivit Legii nr. 85/2014, organul

fiscal solicită înscrierea la masa credală a impozitelor, taxelor, contribuțiilor sociale existente în evidența creanțelor fiscale la data declarării insolvenței. (6) Dispozițiile alin. (5) se aplică și în vederea recuperării creanțelor fiscale de la debitorii aflați în lichidare în condițiile legii”.

În concluzie, starea de insolvență în sine nu reprezintă motiv întemeiat de respingere a ofertei, după cum nu reprezintă un motiv întemeiat nici împrejurarea că, în cadrul procedurii insolvenței, planul de reorganizare nu a fost încă întocmit.

De asemenea, Consiliul constată relevante și dispozițiile art. 183 din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: „(1) Autoritatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167. (2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)”, de care autoritatea contractantă nu a uzat.

Mai mult, trebuie avute în vedere și dispozițiile legii speciale, care guvernează situația operatorului economic aflat în insolvență, care dimpotrivă stabilesc că "Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii" (art. 77 alin. (6) din legea nr. 85/2014) și că "Orice decăderi, limitări, interdicții ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului. Dispozițiile contrare se abrogă" (art. 341 din aceeași lege).

Astfel că, interpretarea sistematică a legii nr. 98/2016 conduce la concluzia că nu este exclusă posibilitatea participării la proceduri de achiziție a operatorilor aflați în insolvență, chiar și în situația în care aceștia înregistrează datorii la bugetul de stat, analiza situației acestora urmând a se face cu prioritate prin prisma dispozițiilor art. 167 din lege.

Având în vedere cele reținute mai sus, criticile contestatoarei sunt întemeiate, astfel că vor fi admise de către Consiliu, cu consecința înlăturării motivului de respingere analizat, rezultat al interpretării și aplicării eronate a dispozițiilor legale indicate, cum corect susține contestatoarea.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și va anula rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare a rezultatului procedurii. Totodată, va obliga autoritatea contractantă să procedeze la continuarea procedurii, cu reevaluarea ofertei contestatoarei, pe aspectul analizat, conform celor reținute în considerente, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, potrivit prevederilor art. 29 și art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu cererea de intervenție formulată de

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare a rezultatului procedurii. Obligă autoritatea contractantă să procedeze la continuarea procedurii, cu reevaluarea ofertei contestatoarei, pe aspectul analizat, conform celor reținute în considerente, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.