CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 5310/19.05.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 19863/19.05.2017, înaintată de SC ...SA, cu sediul în …, având CUI …, înregistrată la Registrul Comerţului sub nr. …, în calitate de lider al asocierii formată din SC ...SA – SC ...SA – SC ...SRL, formulată împotriva rezultatului etapei de verificare DUAE, comunicat prin adresa nr. 6644/08.05.2017, emisă de către JUDEȚUL ...(CONSILIUL JUDEȚEAN), cu sediul în …, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„Elaborare servicii de proiectare la faza: proiect tehnic, detalii de execuție, caiete de sarcini, documentație tehnică autorizație de construire, documentație pentru avize și acorduri (P.T.+D.E.+C.S.+D.T.A.C.+D.A.A.), servicii de asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări pentru „Modernizare DJ 205J, intersecție DJ 204E (…) – intersecție DJ 205H (…), km 0+000 – 7+270, L=7.27km comuna …, Județul …”*, s-a solicitat *obligarea autorităţii contractante la anularea integrală a comunicării nr. 6644/08.05.2017 şi a tuturor actelor subsecvente, cu consecinţa reevaluării documentelor depuse de asociere în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii.*

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ...SA critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei depusă de asociere în temeiul art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

1. Referitor la primul motiv de respingere, potrivit căruia asociatul SC ...SRL nu a prezentat informaţii și/sau documente din care să reiasă capacitatea obiectivă de a executa contractul de achiziţie publică, petenta precizează următoarele:

- Asocierea, inclusiv asociatul SC ...SRL îndeplineşte criteriile/cerințele vizând capacitatea tehnică/profesională a ofertantului, întocmai cum au fost solicitate prin fișa de date;

- Asocierea, prin liderul său SC ...SA, este responsabilă pentru derularea contractului de achiziţie publică, reprezentând un garant pentru autoritatea contractantă de a executa contractul, în cazul atribuirii acestuia către asociere.

În acest sens există clauze în Acordul de asociere depus.

Analizând clauzele Acordului de asociere, clauze cunoscute de autoritatea contractantă: art. 3 Durata asocierii, art. 4 Condiţiile de administrare şi conducere a Asocierii, art. 8 Alte clauze: Pct. 8.4, se confirmă Calitatea societăţii SC ...SA de lider al asocierii, astfel cum reiese aceasta din toate clauzele convenite şi acceptate de părţi, prin semnarea Acordului de asociere nr. 205/12.01.2017.

Totodată, clauzele sus-invocate demonstrează obligaţiile asumate de asociere, prin liderul său – SC ...SA faţă de CONSILIUL JUDEŢEAN …, cu privire la atribuirea contractului, în sensul asigurării de către acesta, în calitate de lider, a îndeplinirii tuturor condiţiilor (inclusiv a celor financiare) necesare implementării şi finalizării la termen a contractului de achiziţie publică, în cazul atribuirii acestuia către asocierea constituită conform Acord de asociere nr. 205 din 12.01.2017.

- SC ...SRL se află în continuare în perioda de observaţie, cu drept deplin de administrare a activităţii sale, păstrându-şi astfel intactă, în continuare, capacitatea legală de a-şi desfăşură activitatea curentă;

În toată această perioadă, SC ...SRL împreună cu principalii săi creditori bancari, cu administratorul său judiciar şi cu societatea de consultanţă desemnată în cadul procedurii, au efectuat demersuri concrete de întocmire a unui plan de reorganizare viabil care se bazează pe continuarea activităţii companiei, plan care va fi finalizat imediat ce vor fi clarificate ultimele aspecte şi detalii cu toate părţile implicate.

Tabelul definitiv de creanţe urmează a fi de depus în perioada imediat următoare, astfel încât odată cu depunerea acestuia urmează să curgă termenul procedural de maxim 30 de zile pentru depunerea planului de reorganizare.

Având în vedere aceste aspecte, se poate observa faptul că, cel puţin din punct de vedere procedural, societatea ...SRL nu se află într-o situaţie care să justifice descalificarea acesteia din procedura de atribuire, cu atât mai mult în cadrul unei asocieri.

2. Referitor la al doilea motiv de respingere a ofertei, scăderea cifrei de afaceri, contestatoarea precizează faptul că descreşterea cifrei de afaceri, în principal, nu este rezultatul deschiderii procedurii de insolvenţă, ci rezultatul contextului macroeconomic în care societatea îşi desfăşoară activitatea, astfel:

- Lipsa finanţării de la bugetele autorităţilor publice pentru contractele deja încheiate, acestea aflându-se în diverse stadii de

execuţie, în funcţie de nivelul de finanţare alocat pentru lucrările contractate;

- Lipsa finanţării de la bugetele autorităţilor publice pentru contractele noi de investiţii, conform rapoartelelor Institutului Național de Statistică (www.insse.ro), în 2016 se constată cele mai mici investiţii în infrastructură de după marea criză şi lucrările de construcţii noi au scăzut în 2016, raportat la 2015.

- Deşi s-a confruntat cu o dificultate de a participa la noi licitaţii pentru lucrări de construcţii şi alte servicii conexe organizate de autorităţi publice sau beneficiari ai bugetelor de stat, societatea a reuşit să participe la astfel de licitaţii şi să obţină noi contracte - în consorţiu sau ca subcontractor împreună cu alte companii, însă potenţialul companiei de a lucra a rămas în mod semnificativ subutilizat, din acest motiv este necesara contractarea de noi lucrări;

- Deşi societatea s-a confruntat cu o dificultate în a obţine finanţarea capitalului de lucru din surse externe - termene de plată de la furnizori, finanţări atât cash, prin linii de credit, cât şi non-cash, prin emiterea de scrisori de garanţie bancară, societatea a reuşit (prin încheierea unor poliţe de asigurare) deblocarea unei părţi din sumele reţinute în vederea asigurării finanţării capitalului de lucru necesar desfăşurării activităţii pe contractele în derulare;

3. Referitor la cel de-al treilea motiv de respingere a ofertei, scăderea numărului de personal, petenta menționează că, deşi în urma restrângerii activităţii, fluctuaţia personalului s-a mărit ducând la pierderea unor specialişti, societatea a reuşit să menţină un număr suficient de personal specializat, păstrând expertiza tehnică necesară realizării proiectelor şi putând suporta şi volume mai mari de lucrări, în prezent, societatea ...SRL are angajaţi 493 muncitori şi cadre tehnice.

De asemenea, se arată că invocarea de către autoritatea contractantă a involuţiei indicilor relevanţi pentru activitatea economică a unui operator economic reprezintă un argument ce nu poate fi opozabil unei societăţi în insolvenţă, aceste involuţii fiind de natura insolvenţei.

Mai mult, diminuarea numărului de personal reprezintă o măsură concretă a reorganizării societăţii, în sensul necesităţii restrângerii activităţii potrivit noii situaţii juridice existente. Totodată, numărul de personal al unei societăţi este condiţionat de volumul lucrărilor derulate.

Astfel, scăderea numărului de personal nu este cauzată doar de starea de insolvenţă, existând alți factori obiectivi care conduc la acest fapt.

În ceea ce priveşte contextul macroeconomic la care autoritatea contractantă face referire în răspunsul la notificarea prealabilă, contestatoarea precizează că acest argument a fost comunicat de administratorul judiciar alături de alte justificări, pe care CJ ...le ignoră în mod voit.

În susținerea celor menționate în prezenta contestație, petenta invocă următoarele aspecte legislative:

Art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2016, potrivit căruia debitorul aflat în procedura insolvenţei nu poate fi împiedicat să participe la licitaţii publice pentru motivul deschiderii procedurii - a fost introdus în mod

special în legislaţie pentru a accentua voinţa legiuitorului de a asigura o protecţie corespunzătoare societăţilor aflate în dificultate temporară, în raport cu „multitudinea şi diversitatea situaţiilor raportate în practică, în care debitontorul era împiedicat să participe la licitaţii, cu motivaţia stării sale de insolvenţă”.

Intenţia legiuitorului de a accentua asupra acestei protecţii, prin introducerea expresă a art. 77 alin. (6), reiese chiar din faptul că acest text nu ar fi fost neaparat necesar să fi fost introdus în raport cu protecţia instituită prin prevederile art. 341 din Legea nr. 85/2014, potrivit căruia:

„Orice decăderi, limitări, interdicţii ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvenţă vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului. Dispoziţiile contrare se abrogă”.

Toate aceste prevederi reglementate în legislaţia specială a procedurii insolvenţei, respectiv Legea nr. 85/2014, se armonizează cu prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care, prin situaţia de excepţie pe care o reglementează, instituie în mod implicit şi obligaţia autorităţii contractante de a motiva și justifica temeinic o eventuală decizie de excludere a unui operator economic dintr-o procedură de achiziţie publică.

Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016 vin în completarea Legii nr. 85/2014. Ambele acte normative statuează cu valoare de principiu posibilitatea unui operator economic, aflat în procedură de insolvenţă, de a nu fi împiedicat de o astfel de situaţie juridică de a participa la o procedură de achiziţie publică şi doar cu titlu de excepţie sunt reglementate în Legea nr. 98/2016 cazurile în care se poate decide excluderea operatorului din procedură.

În stabilirea respingerii ofertei asocierii, autoritatea contractantă trebuia să analizeze şi elementele de natură să demonstreze capacitatea ofertantului de a executa şi finaliza contractul de achiziţie publică, astfel cum este aceasta stabilită prin Legea nr. 98/2016, Secţiunea 6, art. 172:

- Capacitatea de exercitare a activităţii profesionale:
- Situatia economică şi financiară;
- Capacitatea tehnică şi profesională.

Chiar şi în presupusa situaţie a admiterii corectitudinii raţionamentelor de natură financiară emise de CONSILIUL JUDEŢEAN …, conform ofertei depuse, respectiv alocarea resurselor (financiare, tehnice şi de personal), graficul de execuţie, tehnologia de execuţie, SC ...SRL face dovada deplină a capacităţii sale de a executa şi finaliza contractul de achiziţie publică, acest fapt nefiind denaturat de starea de insolvenţă a societăţii.

Starea de insolvenţă a societăţii, particularizată pe obiectul prezentei proceduri, respectiv derularea/implementarea unui contract de achiziţie publică, nu are implicaţii în ceea ce priveşte capacitatea ofertantului, în accepţiunea Legii nr. 98/2016:

- Experienţa similară deţinută în portofoliu de SC ...SRL este o resursă netransferabilă, a cărei validitate nu poate fi afectată de starea de insolvenţă a societăţii;

- Dotarea tehnică actuală (utilaje/mijloace de transport, instalații de preparare betoane şi mixturi asfaltice, laboratoare) excede necesităţilor de implementare ale prezentului contract,

- Resursele umane (personal necalificat şi/sau de specialitate) excede necesităţilor de implementare ale prezentului contract;

- Sub aspect financiar, nu este solicitată nicio cerinţă de asigurare cash-flow şi sau cifra de afaceri. Contestatoarea arată că, în ipoteza în care s-ar fi solicitat o astfel de cerinţă, ar fi asigurat îndeplinirea acesteia, deţinând şi la momentul depunerii ofertelor şi actualmente, fonduri care să permită/susţină execuţia lucrărilor până la momentul contractual al efectuării plăţilor;

- Sub aspectul standardelor de asigurare a calității și de protecție a mediului, insolvența nu impactează în niciun fel condiţiile de implementare şi menţinere a acestor certificări.

Totodată, autoarea contestației invocă practica Consiliului - Decizia nr. 738/C3/638/06.04.2017, potrivit căreia Consiliul s-a pronunţat referitor la criticile aduse de contestatorul SC … SA ofertei Asocierii SC ...SA & ...SRL, în ceea ce priveşte inadmisibilitatea ofertei cauzată de starea de insolvenţă, considerându-le neîntemeiate.

Având în vedere toate cele prezentate mai sus, petenta consideră că motivele invocate de către autoritatea contractantă în adoptarea deciziei de excludere din procedură, nu sunt sustenabile, societatea ...SRL fiind o societate care are capacitatea de a executa contractul care face obiectul achiziţiei publice.

Prin adresa nr. 21024/…-C4/29.05.2017, Consiliul a înştiinţat autoritatea contractantă despre depunerea contestaţiei de către SC … SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestaţie, copia dosarului achiziției, copiile DUAE și ale documentelor justificative depuse de asocierea SC ...SA – SC ...SRL – SC ...SRL, precum și corespondența purtată cu aceasta pe perioada de evaluare a ofertelor.

Autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate și necesare în soluționarea prezentei contestații, atașate punctului său de vedere nr. 2817/26.05.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 21023 din 29.05.2017, prin care solicită respingerea contestaţiei ca nefondată.

În cadrul evaluării DUAE, având în vedere că asociatul SC ...SRL a declarat că se află în procedura generală de insolvență, văzând dispozițiile art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a ofertelor a solicitat asocierii S.C. ...S.A. - S.C. ...S.R.L. - S.C. ...S.R.L. să transmită documente de natura să justifice încadrarea în excepția prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În urma transmiterii răspunsurilor la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a decis excluderea asocierii de la procedura de atribuire, aplicabile în speță fiind dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, analizând documentele transmise cu privire la asociatul SC ...SRL, aflat în procedura de insolvență, comisia de evaluare a decis că nu este aplicabilă excepția prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia, 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.

Autoritatea contractantă apreciază că prezenta contestație este nefondată și solicită respingerea acesteia pentru următoarele considerente:

1. Potrivit dispozitiilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația și nu dreptul de a exclude ofertanții aflați în procedura insolvenței, cu excepția precizată de alin. (2) a aceleiași dispoziții legale. Este în sarcina ofertanților aflați în această situație să prezinte documente din care să rezulte faptul că se află în situația de excepție pentru a evita excluderea.

Altfel spus, sarcina probei cu privire la dovedirea încadrării în excepția prevăzută de lege incumbă ofertantului aflat în stare de insolvență.

Astfel, nici prin răspunsul la solicitarea de clarificări transmisă de comisia de evaluare, nici prin notificarea prealabilă și contestația formulată nu au fost prezentate elemente concrete, cum ar fi măsurile întreprinse pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, din care să rezulte încadrarea în situația de excepție. Pentru ca justificările să fie de natură a fundamenta decizia autorității contractante de a nu exclude din procedură operatorul economic insolvent, cele două ipoteze în analiză presupun următoarele:

- 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.

Reținand în analiză răspunsul transmis de ofertant și formulat de administratorul judiciar (nr. 267/28.03.2017), văzând și dispozițiile Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolveță, durata maximă a perioadei de observație este de 12 luni, calculată de la data deschiderii procedurii. Pentru respectarea acestui termen judecătorul-sindic va putea aplica dispozitiile art. 113 alin. (4) în mod corespunzător, autoritatea contractantă nu a identificat informații cu privire la încadrarea în una dintre cele două ipoteze, perioada de observație fiind depășită, iar planul de reorganizare nu a fost aprobat.

În atare situație, analiza în ceea ce privește încadrarea în excepție nu poate fi realizată, cu atât mai mult cu cât informațiile transmise sunt de natură generală, statistică, nefiind comunicate măsurile concrete întreprinse în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil, constatându-se de altfel o involuție a indicatorilor relevanți pentru

activitatea economică a operatorului economic pe durata de la deschiderea procedurii generale a insolvenței la data transmiterii ultimelor răspunsuri la solicitarile de clarificări.

Astfel, factorii avuți în vedere în luarea deciziei vizează scăderea cifrei de afaceri, cuantumul pierderilor înregistrate, valoarea creanțelor acumulate, informații care rezultă din aceeași adresă a administratorului judiciar CITR nr. 267/28.03.2017.

Nu poate fi exclus din analiză nici faptul că societatea SC ...SRL participă la procedură ca și asociat în cadrul asocierii SC ...S.A. - ...S.R.L. - ...S.R.L., obligația de verificare a motivelor de excludere vizând-o și pe aceasta.

Contrar susținerilor contestatoarei, având în vedere că legea nu face distincție cu privire la motivele de excludere în funcție de procentul de realizare a activităților contractuale potrivit acordului de asociere, autoritatea apreciază că, în mod corect, comisia de evaluare a reținut incidența art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016. Față de cele invocate în contestație, aceasta precizează că dispoziția legală (art. 167 alin. 1 lit. b) din Legea nr. 98/2016) nu face distincție în ceea ce privește calitatea operatorului economic în cadrul procedurii de atribuire, ofertant unic sau asociat, obligația instituită de lege în sarcina acestuia de a proba încadrarea în excepția prevăzută de alin. (2) nefiind diferențiată raportat la acest considerent. Așadar, motivul de excludere nu poate fi analizat prin prisma participării SC ...SRL la procedura de atribuire împreună cu alții.

Cu toate acestea, procentul de 47,70% reprezentând contribuția SC ...SRL în cadrul asocierii ofertante, coroborat cu durata de execuție a contractului, de 48 de luni, sunt repere care determină luarea de către autoritatea contractantă a tuturor măsurilor de natură a asigura finalitatea obiectivă a derularii procedurii de atribuire, respectiv executarea de către câștigător a tuturor lucrărilor prevăzute în documentația de atribuire, fundamentând cu atât mai mult decizia autorității contractante de excludere a ofertantului de la procedură.

Cu privire la justificarea scăderii cifrei de afaceri și a numărului de personal invocând contextul macroeconomic în care societatea insolventă își desfășoară activitatea, autoritatea consideră că nu poate fi reținută, ținând cont de faptul că toți operatorii economici își desfășoară activitatea în aceleași condiții.

Deși dispozițiile legale în materie de insolvență instituie anumite măsuri de protecție a persoanei juridice aflată în procedura insolvenței, aceste măsuri nu pot fi privite independent de contextul legislativ în materie de achiziții publice.

Astfel, autoritatea contractantă exclude de la procedura de atribuire, cu titlu de obligație în sarcina acesteia, operatorul economic care se află în procedura insolvenței sau în lichidare, excepția urmând a fi dovedită de acesta din urmă cu informații și documente de natură să stabilească existența capacității acestuia de a executa contractul de achiziție publică.

Invocarea de către contestatoare a unor argumente legate de experiența similară, dotarea tehnică și umană nu este de natură a forma

autorității contractante convingerea că operatorul economic a luat măsuri ferme în ceea ce privește excepția prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Aceste informații nu au, de altfel, nicio relevanță în raport cu ceea ce operatorul economic avea obligația de a proba, astfel încât comisia de evaluare să poată aprecia aplicabilitatea excepției.

Deși au fost formulate solicitări clare în sensul transmiterii de documente care să probeze încadrarea în excepție, contestatoarea s-a limitat la a transmite strict pe cele nelimitativ precizate de comisia de evaluare, nedepunând diligențe suplimentare pentru a prezenta, potrivit obligației instituite în sarcina sa, documente care să justifice aplicarea excepției.

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

Pentru atribuirea contractului de achiziţie având ca obiect *„Elaborare servicii de proiectare la faza: proiect tehnic, detalii de execuție, caiete de sarcini, documentație tehnică autorizație de construire, documentație pentru avize și acorduri (P.T.+D.E.+C.S.+ D.T.A.C.+D.A.A.), servicii de asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări pentru „Modernizare DJ 205J, intersecție DJ 204E (…) – intersecție DJ 205H (…), km 0+000 – 7+270, L=7.27km comuna …, Județul ..”*, JUDEȚUL ...(CONSILIUL JUDEȚEAN), în calitate de entitate contractantă, a iniţiat procedura simplificată prin publicarea în SEAP a anunţului de participare simplificat nr. 398591 din 05.01.2017, odată cu care a postat şi documentaţia de atribuire. Autoritatea contractantă a vizualizat cele nouă oferte depuse în SEAP şi a întocmit procesul-verbal nr. 2726/24.02.2017, iar rezultatul evaluării DUAE a fost consemnat în procesul verbal nr. 6516 din 05.05.2017. Nemulţumită de rezultatul evaluării DUAE (ce ia fost comunicat prin adresa nr. 6644/08.05.2017), SC ...SA a formulat prezenta contestaţie, solicitând *obligarea autorităţii contractante la anularea integrală a comunicării nr. 6644/08.05.2017 şi a tuturor actelor subsecvente, cu consecinţa reevaluării documentelor depuse de asociere în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii.*

În stabilirea legalităţii respingerii ofertei contestatoarei, Consiliul este ţinut de a analiza motivele avute în vedere de autoritatea contractantă. Astfel, prin adresa nr. 6644/08.05.2017 de comunicare a rezultatului evaluării DUAE, autoritatea contractantă a precizat:

Comisia de evaluare, analizând informaţiile existente în DUAE şi documentele prezentate ca răspuns la solicitarea de clarificări nr. 4236/24.03.2017, a exclus de la procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică oferta depusă de ASOCIEREA ...S.A - ...S.R.L. - ...S.R.L, având în vedere că asociatul ...S.R.L se afla în situaţia prevăzută la art.167 alin.(1) litera b) din Legea nr. 98/2016 şi nu a furnizat dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, respectiv nu a făcut dovada incidenţei excepţiei prevăzută de alin. 2 al aceluiaşi articol.

Astfel, comisia de evaluare a reţinut următoarele cu privire la capacitatea operatorului economic prin prisma motivului de excludere în analiză:

- informaţiile transmise de asociatul ...S.R.L au un caracter general şi nu sunt de natură a forma convingerea autorităţii contractante că acesta are capacitatea obiectivă de executare a contractului;

- cifra de afaceri pentru anul 2016 este cu 68,79% mai mică faţă de anul 2015, iar faţă de anul 2014 este cu 79,53% mai mică, rata de scădere a cifrei de afaceri de la un an la altul depăşind 65%.

- o scădere a numărului mediu de angajaţi din anul 2016 faţă de anul 2015 cu 37,88%.

Raportat la cele două ipoteze prevăzute de excepţie necesar a fi analizate de comisia de evaluare pentru a fi reţinută incidenţa acesteia, respectiv faptul că ofertantul se află fie în faza de observaţie, fie în faza de reorganizare judiciară, asociatul ...SRL nu se află în niciuna dintre aceste faze, potrivit adresei administratorului judiciar nr. 267/28.03.2017. În atare situaţie, analiza realizată de comisia de evaluare nu a putut fi fundamentată prin prisma dispoziţiei legale aplicabilă, activitatea operatorului economic în perioada de derulare a procedurii insolvenţei nefiind de natură a forma convingerea autorităţii contractante că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică.

Criticile contestatoarei formulate împotriva respingerii ofertei sale deoarece *se afla în situaţia prevăzută la art.167 alin.(1) litera b) din Legea nr. 98/2016 şi nu a făcut dovada incidenţei excepţiei prevăzută de alin. 2,* sunt considerate de Consiliu nefondate. Prin fişa de date a achiziţiei, la cap. III.2.1.a) *Situaţia personală a candidatului sau ofertantului*, autoritatea contractantă a solicitat:

„Ofertantul/tertul sustinator/subcontractantul nu trebuie sa se regaseasca in situatiile prevazute la art. 164, 165 si 167 din Legea 98/2016.

Modalitati de indeplinire si aplicabilitatea in cadrul procedurii:

Operatorii economici (lider / asociat / ofertant / subcontractant / tert sustinator) vor completa si prezenta DUAE cu informatiile aferente situatiilor lor in baza art. 193 alin. 1 din Legea 98/2016.

Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAE vor fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, de catre operatorul economic clasat pe locul I dupa aplicarea criteriului de atribuire. Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAE pot fi:

a)- cazierul judiciar al operatorului economic/tertului sustinator/subcontractantului respectiv al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivilor sau a celor ce au putere de reprezentare, decizie sau de control in cadrul acestora asa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv emis de catre IPJ. Pentru persoanele juridice straine se accepta documente echivalente

b)- documente prin care se demonstreaza faptul ca operatorul economic poate beneficia de derogarile prevazute la art 166 alin (2), art 167 alin (2), art 171 din Legea nr 98/2016 privind achizitiile publice

c)- Certificatul de atestare fiscala (datorii la bugetul consolidat general) si Certificatul de taxe si impozite locale (datorii la bugetele locale) sau documente echivalente din care sa reiasa ca ofertantul/tertul sustinator/subcontractantul nu au datorii restante la momentul prezentarii lor.

d) alte documente edificatoare, dupa caz.

Autoritatea contractanta accepta ca fiind suficient si relevant pentru demonstrarea faptului ca ofertantul/tertul sustinator/subcontractantul nu se încadreaza în una dintre situatiile prevazute la art. 164, 165 si 167, orice document considerat edificator din acest punct de vedere, în tara de origine sau în tara în care ofertantul/tertul sustinator/subcontractantul este stabilit, cum ar

fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autoritati componente din tara respectiva. (...)

Prin DUAE prezentat în procedură, la punctul C „Motive legate de insolvenţă, conflicte de interes sau abateri profesionale” SC ...SRL a precizat: *...SRL se află în procedură generală de insolvenţă – perioada de observaţie şi nu a fost depus încă Planul de reorganizare;*

În considerarea prevederilor art. 167 alin. 2 din legea nr. 98/2016 anexăm prezentului formular:

1. Extras portal instanţa de judecată – informaţii dosar 6664/121/2014;

2. Lista contractelor SC ...SRL aflate în derulare la data de 01.02.2017;

3. Acordul de asociere prin care ofertantul asociat SC ...SRL face dovada deţinerii avizului administratorului judiciar cu privire la participarea la prezenta procedură.

Prin adresa nr. 4236/24.03.2017 autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei clarificări, în sensul:

2. Asociatul SC ...SRL a declarat în cadrul DUAE depus, că se află în procedură generală de insovenţă – perioada de observaţie iar Planul de reorganizare nu a fost depus.

Având în vedere ponderea contribuţiei financiare a asociatului SC ...SRL, respectiv 47,7%, aşa cum a fost însuşită şi declarată prin Acordul de asociere nr. 205/12.01.2017, comisia de evaluare, în baza art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, solicită explicitarea şi demonstrarea încadrării situaţiei prezentate în excepţiile prevăzute la alin. 2 din cadrul aceluiaşi articol anterior menţionat prin depunerea următoarelor documente:

- dacă SC ...SRL se află în faza de observaţie, conform declaraţiei din DUAE, să transmiteţi documente din care să rezulte că au fost adoptate măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, într-o manieră sustenabilă, a activităţii curente.

- dacă SC ...SRL se află în faza de reorganizare judiciară, să transmiteţi documente din care să rezulte că respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă.

Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 2501/27.03.2017 la care a ataşat, în susținerea informațiilor privind faza procedurii de insolvență, adresa nr. 267/28.03.2017 emisă de administratorul judiciar CITR Filiala .... SPRL (fosta Five SPRL). Totodată, au fost transmise centralizatoare cu numărul mediu de personal calificat al SC ...SRL pe anul 2015 și 2016 și o listă cu mijloacele fixe la data 02.01.2017.

Din cuprinsul punctului de vedere al administratorului judiciar exprimat în cadrul adresei nr. 267/28.03.2017, Consiliul reține următoarele:

„(…) Societatea ...SRL a intrat, la cererea sa, sub protecţia legii nr. 85/2014 în data de 10.11.2014, fiind deschisă **procedura insolvenţei în forma sa generală**. Spre deosebire de procedura simplificată, procedura generată acordă şansa societăţii debitoare de a-şi reorganiza activitatea în baza unui plan de reorganizare ce urmează a fi propus.

De la deschiderea procedurii până în acest moment, societatea ...SRL s-a aflat în aşa numita perioadă de observaţie. Art. 112 alin. (3) din legea nr, 85/2014 prevede faptul că durata maximă a perioadei de observaţie este de doar 12 luni de îa data deschiderii, dar depăşirea acestui termen nu are ca şi consecinţă intrarea societăţii în altă etapă procedurală, cum ar fi aceea a procedurii de faliment, ci doar deschide posibilitatea judecătorului-sindic de a dispune anumite măsuri care să conducă Ia publicarea tabelui definitiv de creanţe (afişarea tabelului definitiv reprezentând punctul de la care curge termenul maxim de 30 de zile pentru depunerea unui plan de reorganizare.)

În cazul de faţa, având în vedere faptul că termenul de 12 luni de la data deschiderii procedurii s-a împlinit în data de 10.11.2015, judecătorul-sindic a soluţionat, prin Sentinţa civilă nr. 888 din 15.122015 pronunţată în dosarul 6664/121/2014/a6, o parte din contestaţiile împotriva tabelului preliminar şi a dispus prin aceeaşi sentinţă înscrierea provizorie a anumite creanţe, astfel încât, **prin această soluţie a creat premisele procedurale pentru depunerea de către administratorul judiciar a tabelului definitiv de creanţe**.

Totodată, Curtea de apel Galaţi a soluţionat în data de 06.04.2016 apelul împotriva sentinţei nr. 888 din 15.12.2015, menţionate mai sus, astfel încât există în acest moment o decizie definitivă putându-se proceda la întocmirea şi publicarea tabelului definitiv de creanţe.

Pentru a se putea efectua acest demers de întocmire şi publicare a tabelului definitiv de creanţe, administratorul judiciar a contactat o societate care a evaluat, în cadrul procedurii de insolvenţă, bunurile societăţii ...SRL, scopul acestui demers fiind pentru a întocmi şi furniza o actualizare a evaluării anumitor active din patrimoniul societăţii, actualizare necesară pentru întocmirea acestui tabel definitiv, având în vedere modificarea situaţiei de fapt în aceasta perioadă de timp scursă de la dala întocmirii ultimului raport de evaluare.

Planul de reorganizare al societăţii debitoare, urmează a fi depus în termen maxim de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanţe, potrivit art. 132 alin. (1) din legea nr. 85/2014.

(...)

Faţa de cele prezentate mai sus, o primă concluzie care se poate trage este aceea că, din punct de vedere procedural, societatea ...SRL nu este împiedicată de statului acesteia de societate aflată în procedura insolventei să desfăşoare activităţi necesare executării contractului care face obiectul procedurii de achiziţie publică, nici în această perioadă de observaţie nici în perioada imediat urmaţoare după propunerea unui plan de reorganizare**."**

Este fără dubiu în litigiu faptul că asociatul ...SRL se află în procedura insolvenței, potrivit Încheierii din 10.11.2014, extrasă de pe portalul Tribunalului Galați, Secția a II-a Civilă (dosar nr. 6664/121/2014), prin care a fost admisă cererea debitorului SC ...SRL, în temeiul art. 71 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, fiind deschisă procedura generală de insolvență împotriva debitorului.

Prin urmare, problema ce se impune a fi dezlegată vizează posibilitatea participării unui operator economic aflat în procedura insolvenței la procedura de achiziție publică.

În conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. b) şi alin. (2) din Legea nr. 98/2016*, (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii:*

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

(2) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă atunci când, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabileşte că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă.

Într-adevăr, potrivit art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 *debitorul aflat în procedura insolvenţei nu poate fi împiedicat să participe la licitaţii publice pentru motivul deschiderii procedurii,* însă, în același timp, 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 achiziţie publică/acordul-cadru, ţinând cont de măsurile adoptate de respectivul operator privind continuarea activităţii*. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente (...).*

Așadar, 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.

Nici chiar prin contestație, autoarea acesteia nu a adus argumente și nu a prezentat probe în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 mai sus evocat, pentru admiterea sa în procedură. Nu rezultă că s-au adoptat măsurile necesare pentru a se întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, neputându-se vorbi, la acest moment, de un eventual caracter fezabil al planului de reorganizare, la care face referire atât art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cât și solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă.

Din cele relatate, Consiliul stabilește că nu este întocmit un tabel definitiv al creanțelor, contestatoarea susținând că acesta *urmează a fi depus în perioada imediat următoare astfel încât odată cu depunerea acestuia urmează să curgă termenul procedural de maxim 30 de zile pentru depunerea planului de reorganizare.*

De altfel, după cum se poate observa de pe portalul Tribunalului Galați, pentru dosarul nr. 6664/121/2014/a6, având ca obiect *contestație la tabelul preliminar al creanțelor*, termenul de judecată este 08.06.2017. Prin Hotărârea nr. 316/08.06.2017 Tribunalul Galaţi *a admis în parte contestaţia formulată de CNAIR Iaşi la tabelul preliminar*

de creanţă a debitoarei SC ...SRL prin administrator judiciar CITR Filiala .... Dispune înscrierea în tabelul de creanţe a debitoarei a contestatoarei CNAIR SA cu suma de 4.690.139,24 lei pretenţii şi 1.848.669,90 lei dobânzi şi penalităţi.

Potrivit art. 5 pct. 67 din Legea nr. 85/2014 *tabelul definitiv de creanţe este tabelul care cuprinde toate creanţele asupra averii debitorului la data deschiderii procedurii, acceptate în tabelul preliminar şi împotriva cărora nu s-au formulat contestaţii, precum şi creanţele admise în urma soluţionării contestaţiilor sau cele admise provizoriu de către judecătorul-sindic (...)*.

Dispozițiile art. 112 din același act normativ dispun că *După ce toate contestaţiile la creanţe au fost soluţionate şi s-a predat raportul de evaluare a garanţiilor, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va înregistra, de îndată, la tribunal şi va publica în BPI tabelul definitiv al tuturor creanţelor împotriva averii debitorului, arătând suma, prioritatea şi situaţia fiecărei creanţe, beneficiară sau nu a unei cauze de preferinţă. (2) După înregistrarea tabelului definitiv, numai titularii creanţelor înregistrate în tabelul definitiv pot să participe la votul asupra planului de reorganizare sau la orice repartiţii de sume în caz de faliment în procedura simplificată. (3) Durata maximă a perioadei de observaţie este de 12 luni, calculate de la data deschiderii procedurii. Pentru respectarea acestui termen judecătorul-sindic va putea aplica dispoziţiile art. 113 alin. (4) în mod corespunzător.*

Se reține că potrivit art. 132 din Legea nr. 85/2014 *Următoarele categorii de persoane vor putea propune un plan de reorganizare: a) debitorul, cu aprobarea adunării generale a acţionarilor/asociaţilor, în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanţe, cu condiţia formulării intenţiei de reorganizare potrivit art. 67 alin. (1) lit. g), dacă procedura a fost declanşată de acesta, şi 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 şi până la îndeplinirea unui termen de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanţe; c) unul sau mai mulţi creditori, deţinând împreună cel puţin 20% din valoarea totală a creanţelor cuprinse în tabelul definitiv de creanţe, în termen de 30 de zile de la publicarea acestuia; administratorul judiciar este obligat să pună la dispoziţia acestora informaţiile existente şi necesare pentru redactarea planului. În acest sens, debitorul, prin administrator special, sau administratorul judiciar, în măsura în care acesta din urmă le deţine, dacă dreptul de administrare i-a fost ridicat debitorului, au obligaţia ca, în termen de maximum 10 zile de la primirea solicitării, să pună la dispoziţia creditorului actele şi informaţiile prevăzute de art. 67 alin. (1) lit. a), b) şi e), actualizate corespunzător depunerii tabelului definitiv de creanţe. Se va pune la dispoziţia creditorului şi lista tuturor creanţelor născute în timpul procedurii, precum şi orice alte documente solicitate, care sunt utile pentru redactarea unui plan de reorganizare. (2) La cererea oricărei părţi interesate sau a administratorului judiciar, judecătorul-sindic poate prelungi cu maximum 30 de zile, pentru motive temeinice, termenele de depunere a planului prevăzute la alin. (1). (3)*

Planul va putea să prevadă fie restructurarea şi continuarea activităţii debitorului, fie lichidarea unor bunuri din averea acestuia, fie o combinaţie a celor două variante de reorganizare. (4) Nu poate propune un plan de reorganizare debitorul care, într-un interval de 5 ani anterior formulării cererilor introductive, a mai fost subiect al procedurii instituite în baza prezentei legi şi nici debitorul care, el însuşi, administratorii, directorii şi/sau acţionarii/asociaţii/asociaţii comanditari ai acestuia care deţin controlul asupra sa, au fost condamnaţi definitiv pentru săvârşirea unei infracţiuni intenţionate contra patrimoniului, de corupţie şi de serviciu, de fals, precum şi pentru infracţiunile prevăzute de Legea nr. 22/1969, cu modificările ulterioare, Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, Legea contabilităţii nr. 82/1991, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, Legea concurenţei nr. 21/1996, republicată, Legea nr. 78/2000, cu modificările şi completările ulterioare, Legea nr. 656/2002, republicată, cu modificările ulterioare, Legea nr. 571/2003, cu modificările şi completările ulterioare, Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea şi combaterea evaziunii fiscale, cu modificările şi completările ulterioare, şi infracţiunile prevăzute de prezenta lege, în ultimii 5 ani anterior deschiderii procedurii. (5) Nerespectarea termenelor prevăzute la alin. (1) conduce la decăderea părţilor respective din dreptul de a depune un plan de reorganizare şi, ca urmare, la trecerea, din dispoziţia judecătorului-sindic, la faliment.

În speța de față, autoritatea contractantă nu poate fi obligată să atribuie un contract pe 47 luni cu un ofertant care se află în procedura insolvenței și nu a demonstrat că are capacitatea de a executa contractul și că a luat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil. Împrejurarea potrivit căreia, la momentul derulării procedurii, nu este întocmit planul de reorganizare, nu conduce la concluzia că ofertanta nu trebuie să asigure autoritatea contractantă asupra modului de executare a contractului.

Pe baza documentelor depuse urmare solicitărilor comisiei de evaluare nu se poate ajunge la concluzia că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel încât contestatoarea să nu fie exclusă din procedură, aceasta, cu atât mai mult cu cât contribuția la îndeplinirea contractului, pe care asociatul ...și-l asumă prin acordul de asociere este în procent de 47,7%.

Situația specială a procedurii insolvenței, nu îi asigură ofertantului 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. Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă să încheie un contract pe 47 luni, cu un ofertant care nu a depus informații și documente în cadrul procedurii care să permită o determinare clară a situației sale financiare și a măsurilor pe care le-a adoptat în perioada de observație pentru a permite continuarea activității într-o manieră sustenabilă.

Având în vedere cele prezentate, Consiliul consideră corectă decizia autorităţii contractante de respingere a ofertei contestatoarei.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ...SA în contradictoriu cu JUDEȚUL ...(CONSILIUL JUDEȚEAN).

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

CONSILIUL DECIDE:

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

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

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

Redactată în patru exemplare, conţine 15 pagini.