C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 3731/04.12.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51681/05.12.2017, formulată de către ..., cu sediul în ..., reprezentată legal de ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, împotriva comunicării nr. 22437/29.11.2017, a comunicării nr. 21839/22.11.2017, a raportului procedurii nr. 21836/22.11.2017 comunicat pe SEAP în data de 22.11.2017 și a tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și împotriva procesului verbal de evaluare 6 nr. 21759/21.11.2017, documente emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Lucrări de întreținere și reparații în amenajările de îmbunătățiri funciare din cadrul Filialelor Teritoriale ale ... - 22” – **Lot 3 contestat** (Lucrări de reparații la ...) – cod CPV: 50500000-0 - Servicii de reparare și de întreținere a pompelor, a vanelor, a robinetelor, a containerelor de metal și a mașinilor (Rev.2), s-a solicitat anularea comunicării nr. 22437/29.11.2017 a autorității contractante, înregistrată la ... cu nr. 3711/27.11.2017, anularea comunicării nr. 21839/22.11.2017 a autorității contractante, înregistrată la ... cu nr. 3646/22.11.2017, anularea raportului procedurii nr. 21836/22.11.2017 comunicat pe SEAP în data de 22.11.2017 „prin care ofertantul ... a fost exclus nelegal” și a tuturor actelor subsecvente acestuia, anularea procesului verbal de evaluare 6 nr. 21759/21.11.2017 – necomunicat contestatorului, precum și reluarea procedurii din faza de solicitare/ evaluare a documentelor doveditoare DUAE aparținând ofertantului unic, cu luarea în considerare a motivelor care determină declararea ofertei contestatorului drept admisibilă și câștigătoare, care are o propunere financiară de 293.004,29 lei fără TVA.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică rezultatul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul prezintă un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire în cauză și precizează că a depus, pentru Lotul 3, ofertă în SEAP, la data de 17.07.2017, fiind unicul ofertant. În data de 19.07.2017 a avut loc examinarea și verificarea documentelor de calificare prezentate în cadrul procedurii, fiind întocmit Procesul-Verbal de Evaluare nr. 13181/19.07.2017, în care nu s-a reţinui în sarcina contestatorului vreo neconformitate a documentelor de calificare comunicate prin SEAP.

În data de 21.08.2017, autoritatea contractantă a transmis solicitarea de clarificare nr. 15448 privind prezentarea certificatului de atestare fiscală, comunicarea măsurilor implementate în procedura de isolvență și prezentarea tabelului creditorilor cu nr. 2625/22.08.2017.

Contestatorul a transmis în SEAP clarificările solicitate cu adresa nr. 2674/24.08.2017 împreună cu un set de documente, iar prin adresa nr. 17388/19.09.2017, autoritatea contractantă a comunicat că ofertantul a fost admis după evaluarea DUAE și a propunerii tehnice și se află în faza de evaluare a propunerii financiare.

... precizează că prin adresa nr. 17389/19.09.2017, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări privind cuantificarea distinctă a costurilor previzionate în cadrul procedurii financiare și prezentarea certificatului de atestare fiscală ANAF din care să reiasă că, după data de 12.07.2012 și până în prezent, ofertantul și-a îndeplinit obligaţiile, iar în data de 19 septembrie 2017, ora 4:12, ofertantul a recepţionat un e-mail transmis automat din SEAP prin care era înștiințat că autoritatea contractantă a finalizat evaluarea tehnică.

Ofertantul a solicitat, prin adresa nr. 2947/20.09.2017, clarificări în raport cu solicitarea de clarificare privind cuantificarea distinctă a costurilor previzionate în cadrul procedurii financiare nr. 17389/19.09.2017.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a transmis răspunsul nr. 17568/21.09.2017, înregistrat la ... cu nr. 2947/21.09.2017. Cu adresa nr. 2938/22.09.2017, ofertantul a depus în SEAP clarificările și toate documentele privind cuantificarea distinctă a costurilor previzionate în cadrul procedurii financiare și prezentarea certificatului de atestare fiscală ANAF din care să reiasă că, după data de 12.07.2012 și până în prezent, ofertantul și-a îndeplinit obligaţiile.

... menționează că, la data de 27.09.2017 s-a publicat în SEAP Raportul procedurii nr. 17909/27.09.2017, autoritatea contractantă transmițând și comunicarea nr. 17910/27.09.2017 înregistrată la contestator cu nr. 3017/27.09.2017, document conform cîruia ... a fost exclusă din procedura de atribuire conform art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2017 în urma analizării certificatului de atestare fiscală ANAF și a răspunsului ANAF, DGRFP Sector 4 Bucureşti cu nr. 25.040/21.09.2017,

autoritatea contractantă motivând excluderea operatorului economic ca urmare a constatării că „după data de 12.07.2012 ... figurează cu creanţele neachitate”, fiind anulată procedura conform art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Cu adresa nr. 2994/26.09.2017, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 17834/26.09.2017 în procedura 9 LOT 5, contestatorul a solicitat comunicarea în copie certificată a adresei nr. 25040/21.09.2017 emisă de ANAF, DGRFP Sector 4 Bucureşti, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 17647/25.09.2017, iar prin adresa nr. 17834/27.09.2017, autoritatea contractantă a facut comunicarea solicitată.

Prin adresa nr. 3017/02.10.2017, contestatorul a formulat și depus notificare prealabilă înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 18239/02.10.2017, iar în data de 03.10.2017, autoritatea contractantă i-a comunicat ofertantului adresa nr. 18299/03.10.2017, prin care a răspuns în sensul că nu adoptă nicio măsură de remediere a neregulilor și încălcărilor legislaţiei privind achiziţiile publice detaliate în notificarea prealabilă nr. 3017/02.10.2017, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 18239/02.10.2017.

... arată că, în data de 09.10.2017 a formulat și a depus contestația nr. 3073/09.10.2017, care a fost admisă de către CNSC prin Decizia nr. ..., fiind anulat raportul procedurii de atribuire.

În data de 08.11.2017, autoritatea contractantă i-a comunicat solicitarea de clarificare nr. 20892/08.11.2017, înregistrată la ... cu nr. 3516/08.11.2017.

În data de 14.11.2017, ... a formulat și depus în SEAP răspunsul nr. 3516/14.11.2017, aducând clarificările solicitate de autoritatea contractantă.

Se învederează că, în data de 22.11.2017, autoritatea contractantă a postat în SEAP raportul procedurii nr. 21836/22.11.2017 și adresa nr. 21839/22.11.2017 prin care s-a comunicat excluderea din procedură a ofertantului ... conform prevederilor art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, fiind anulată procedura conform art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Împotriva comunicării nr. 21839/22.11.2017 de excludere din procedură, ... a formulat notificarea prealabilă nr. 3646/27.11.2017, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 22.152/27.11.2017, iar aceasta a comunicat adresa nr. 22437/29.11.2017, înregistrată la contestator cu nr. 3711/29.11.2017, prin care a răspuns în sensul că nu adoptă nicio măsură de remediere.

Contestatorul precizează că în data de 12.07.2012 s-a deschis, conform sentinței nr. 8084/12.07.2012, procedura generală a insolvenței la ..., în dosarul nr. ... aflat pe rolul Tribunalului Bucureşti, Secţia a-VII-a Civilă, Complet de judecată: C7, societatea depunând intenție de reorganizare în dosarul nr. ... în temeiul art. 28 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 85/2006, societății nefiindu-i ridicat dreptul de administrare, desfășurându-și activitatea sub observaţia administratorului judiciar.

La nivelul ofertantului ..., în cadrul procedurii de insolvență au fost adoptate măsuri prevăzute de Legea nr. 85/2006, necesare pentru

continuarea activității conform obiectului de activitate aspect confirmat și prin Decizia CNSC nr. ..., rămasă definitivă și irevocabilă. Măsurile efectuate de la data deschiderii procedurii de insolvență a debitorului ..., au fost expuse în sinteză în cele 18 rapoarte de activitate înregistrate de administratorul judiciar al ... la dosarul nr. ..., rapoarte de activitate pe care le-a comunicat achizitorului.

Pe fondul cauzei, contestatorul critică măsura adoptată de autoritatea contractantă, care l-a exclus din procedură în urma „analizării" adresei nr. 20809/07.11.2017 transmisă către DGITL Sector 4 și a constatării faptului că în Tabelul definitiv rectificat există creanțe garantate coroborat cu indicarea faptului că ofertantul nu își poate acoperi cheltuielile din veniturile realizate, înregistrând datorii născute în perioada de observație, cu ignorarea Deciziilor CNSC și fără analizarea și respingerea motivată a clarificărilor comunicate de ofertant cu adresa nr. 3516/27.11.2017, măsura criticată fiind menținută și după depunerea notificării prealabile.

Referitor la „Motivul întemeiat pe neverificarea încadrării ofertantului ... în excepţia prevăzută la art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2017", contestatorul învederează că, deși beneficiază de facilitățile oferite de Legea nr. 85/2006 sub a cărei proiecţie se află, legea care reglementează procedura de insolvenţă fiind una specială faţă de orice altă lege, inclusiv față de Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă nu a indicat în raportul procedurii sau în comunicările nr. 21839/22.11.2017 și nr. 22437/29.11.2017, motivele pentru care ignoră dispoziţii legale în vigoare care afectează activitatea ofertantului ... și obligă autoritatea contractantă în a declara exclus ofertantul aflat în procedura generală a insolvenței, în faza de observaţie atunci când acesta înregistrează restanțe la plata obligaţiilor la bugetul general consolidat.

... subliniază că a indicat autorității contractante faptul că legiuitorul a gândit pentru societățile în insolvență o întreagă reţea de facilități reglementată de Legea nr. 85/2006, stabilind un statut special al societății în insolvență în raport cu ceilalţi actori din mediul comercial, bazat pe o serie de stimulente de reinserție care, ținând seama de dificultatea în care se află o entitate la care s-a deschis procedura de insolvență, să concure la reuşita planului de reorganizare și reinserția într-un final în activitatea comercială, așa cum reiese și din prevederile art. 103 alin. (1) din Legea nr. 85/2006,

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă ignoră în mod nelegal statutul special al ofertantului ... - în insolvență pentru care nu s-a dispus încă „reinserţia debitorului în activitatea comercială (...)" conform art. 103 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, context în care aceasta nici nu a analizat clarificările ... privind incidenţa în speţă a prevederilor art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, autoritatea contractantă nu a analizat incidenţa în speţă a prevederilor unei norme speciale, art. 154^2 din Legea nr. 85/2006, conform cărora „Orice decăderi, limitări, interdicţii ori alte 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". Cum „cazul deschiderii procedurii de

insolvenţă intervine pentru „insuficienţa fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide şi exigibile” conform art. 3 pct. 1 din Legea nr. 85/2006, art. 154^2 susmenţionat se va citi corect astfel: „Orice decăderi, limitări, interdicţii ori alte asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru „insuficienţa fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide şi exigibile” „vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului. Dispoziţiile contrare se abrogă”.

Contestatorul consideră că orice altă interpretare este de natură să pervertească scopul pentru care această prevedere a fost adoptată, legiuitorul urmărind acoperirea unei plaje foarte largi de limitări și interdicții care ar putea să existe în legislaţie și „care sunt de natură a submina posibilităţile de redresare a debitorului” aflat în procedura de insolvență, Legea nr. 98/2016 fiind exemplul edificator în acest sens.

În susţinerea punctului său de vedere, contestatorul a atașat în extras Raportul Comun al Comisiilor Camerei Deputaților asupra proiectului de Lege privind aprobarea Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 173/2008 pentru modificarea şi completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei - Anexa 1 - filele 84-85, precizând că legiuitorul nu a avut în vedere în ceea ce priveşte adoptatul art. 154^2 din Legea nr. 85/2006 doar temeiul privind starea de insolvență propriu-zisă, ca impediment la participarea la procedurile de achiziţie publică, ci un pachet mult mai larg de „decăderi, limitări, interdicţii ori alte asemenea”- în care se califică a fi incluse și cele grupate sub cupola asa numitelor „motive de excludere” în cadrul Legii nr. 98/2016. Astfel, inclusiv în ceea ce priveşte participarea la licitaţiile pentru achiziţii publice există o interdicție explicită (art. 167 alin. (1) lit. b)) - regula fiind excluderea acestor societăți din procedură, legiuitorul prevăzând doar cu titlul de excepţie și după drastice „limitări, interdicţii ori alte asemenea” accesul societăților în insolvență în procedură și eventual adjudecarea vreunei lucrări - atunci când societatea în insolvență mai dispune de resurse umane și financiare să susţină procedurile privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, care în cazul ofertantului ... durează din luna martie 2017.

Contestatorul arată că, dacă, în loc să realizeze lucrări în concordanță cu obiectul de activitate al societății în insolvență, aceasta este nevoită să susţină activități de consultanță juridică pe parcursul a nu mai puţin de 10 luni, riscul de a pierde personal calificat pentru societatea în insolvență este deosebit de mare, manevrele nelegale ale autorităților contractante fiind de natură a submina posibilităţile de redresare a debitorului aflat în procedura de insolvență. Or, legiuitorul a prevăzut dispoziţiile art. 154^2 din Legea nr. 85/2006 tocmai pentru a netezi drumul unei societăți aflate în dificultate financiară în adjudecarea, în cadrul unor proceduri de achiziţie publică, a unor lucrări de prestări servicii/reparaţii/intretinere/construcție și asigurarea unui portofoliu de lucrări care să permită redresarea debitorului în insolvență. Celelalte „limitări, interdicţii ori alte asemenea” din Legea nr. 98/2016 sunt cuprinse în articolele de la 164 la 171, redactate sub titlul -Paragraful 2 - Motive de excludere a candidatului/ofertantului, Secţiunea a

6-a, Criterii de calificare şi selecţie, a Capitolului IV - Organizarea şi desfăşurarea procedurii de atribuire.

... învederează că a trebuit să demonteze aceste „limitări, interdictii ori alte asemenea”, și aceasta în condiţiile în care legiuitorul a pus la dispoziţie ofertantului în insolvență și a profesioniştilor dreptului din cadrul autorităților contractante, dispoziţiile art. 154^2 din Legea nr. 85/2006, fiind nevoie de nu mai puţin de 6 decizii CNSC pentru a ajunge finalmente la prezenta contestație pentru recunoașterea dreptului de a participa, de a-i fi declarată conformă oferta și finalmente de a adjudeca lucrarea licitată atunci când oferta sa este cea mai bună din punct de vedere al criteriilor de adjudecare - calitate și preț.

Contestatorul arată că, în temeiul articolului susmenţionat, debitorului aflat în perioada de observaţie sau de reorganizare nu îi poate fi îngrădit dreptul de a participa la licitaţii, de a-i fi declarată conformă oferta și finalmente, de a adjudeca lucrarea licitată atunci când oferta este cea mai bună din punct de vedere al criteriilor de calitate și preț, și cu atât mai puţin pentru motivele prevăzute de art. 165 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care limitează și condiţionează accesul societăților aflate în perioada de observaţie de achitarea taxelor, impozitelor și contribuţiilor la bugetul general consolidat. Legiuitorul a adus un plus de reglementare în această privinţă atunci când a stipulat expres în Codul insolvenței faptul că debitorului aflat în perioada de observaţie sau de reorganizare nu îi poate fi îngrădit dreptul de a participa la licitaţii. Această prevedere legală a fost introdusă la finalul art. 341 și 77 al Codului insolvenţei - Lege nr. 85/2014, iar instanțele au stabilit constant faptul că „neeligibilitatea debitoarei poate interveni şi produce efecte numai după deschiderea procedurii de faliment (Sentinţa civilă nr. 598 din 08.06.2015 - Tribunalul Arad), iar „ori, câtă vreme debitoarea și-a declarat intenția de reorganizare, nefiind încă deschisă împotriva sa procedura falimentului, se constată că creanţa declarată de către institutia creditoare, nu a devenit inca exigibilă” (sentința nr. 970/2014 - Tribunalul Arad).

... precizează că autoritatea contractantă nu a analizat clarificările sale și nu a motivat neaplicarea în speţă a prevederilor art. 154^2 din Legea nr. 85/2006, care atrag inaplicabilitatea în raport cu ofertantul ... a prevederilr art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, autoritatea contractantă l-a exclus din procedura de atribuire cu neobservarea și ignorarea faptului că creditorii bugetari ai ofertantului beneficiază pentru finanţarea debitorului în perioada de observaţie, în perioada de reorganizare de o altă facilitate prevăzută de Legea nr. 85/2006 și anume de privilegiului creanţei curente, care are menirea de a degrada, în favoarea creditorului, creanţele beneficiare de cauze de preferinţă. Astfel, prevederile art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006, care instituie privilegiul creanţei curente, se impun a fi coroborate cu o altă facilitate reglementată de prevederile art. 49 alin. (1) din lege, conform cărora „Pe perioada de observaţie, debitorul (...) poate efectua plăţi către creditorii cunoscuţi” - legiuitorul lăsând debitorului aflat sub supravegherea administratorului judiciar libertatea de manevra în identificarea celor mai bune măsuri vizând continuarea activității până la aprobarea unui plan de

reorganizare cu valorificare de bunuri, dar și cu prevederile art. 121 alin. (1) pct. 1^1 din lege.

Contestatorul precizează că, așa cum a reținut și autoritatea contractantă în tabelul definitiv rectificat, creditorii bugetari figurează cu creanțe garantate cu bunuri din averea ofertantului ... în sumă de 59.297.019,00 lei, acest aspect nefiind însă de natură să susţină soluţia autorității contractante de excludere din procedură conform prevederilor art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 din moment ce creditorii bugetari beneficiază de garanţii suplimentare pentru recuperarea creanțelor acestora.

Se învederează că, raportat la art. 49 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, autoritatea contractantă nu a reținut faptul că norma în discuţie este permisivă și nu imperativă atunci când spune că „poate efectua plăţi”, iar nu „trebuie” să efectueze plăţi, norma lăsând la aprecierea managementului societății și în supravegherea administratorului judiciar al debitorului gradul în care plăţile urmează a fi efectuate, astfel încât debitorul supus procedurii să-și poată continua activitatea curentă și să rămână activ economic până la aprobarea și implementarea unui plan de reorganizare. Astfel, după aprobarea planului de reorganizare, creditorii bugetari cu creanțe curente au prioritate la plăţi în raport cu creditorii care au creanțe la masa credală și nu intră în concurs cu aceştia, ofertantul în insolvență nefiind ținut de vreo ordine de preferinţă la plată în raport de alți titulari de creanțe curente.

De asemenea, autoritatea contractantă nu a motivat de ce nu respectă regimul juridic privilegiat aplicabil ofertantului ... și care sunt motivele pentru care periclitează continuarea activității debitorului ... după data deschiderii procedurii insolvenței în condiţiile în care, fără a se putea continua activitățile curente, debitorul va intra în faliment, cu consecinţe dezastruoase pentru toți creditorii - inclusiv creditorii bugetari, dar mai ales pentru stakeholders-ii intreprinderii debitorului care, în cazul de față, este tot o instituție publică a statului - ... fiind o societate cu capital integral de stat, acţionar unic fiind ..., așa cum reiese din certificatul nr. ... emis de ONRCTB.

... precizează că autoritatea contractantă, prin ignorarea facilităţilor legale instituite de Legea nr. 85/2006 și neaplicarea prevederilor art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, anulează șansele ca ofertantului ... să se finanţeze în perioada de observaţie sau de reorganizare ca urmare a lipirii de debitor a stigmatului insolvenței, soluţia adoptată de aceasta fiind criticabilă și prin prisma faptului că durata de execuţie a lucrării era de doar 30 de zile, iar garanţia acordată lucrărilor era de 24 de luni, în timp ce durata minimă a unui plan de reorganizare este de 36 de luni, ofertantul acoperind și sub acest aspect exigențele legitime ale autorității contractante.

De asemenea, autoritatea contractantă ignoră faptul că procedura de insolvență, care guvernează activitatea ofertantului ... este, conform art. 3 pct. 1 din Legea nr. 85/2006, „acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficienţa fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide şi exigibile”, conform punctului 20,

reorganizarea judiciară fiind „procedura ce se aplică debitorului, persoana juridică, în vederea achitării datoriilor acestuia, conform programului de plată a creanţelor”. Or, ofertantul ... se află abia în faza de observaţie a procedurii de insolvență, administratorul judiciar depunând planul de reorganizare, care cuprinde programul de plată a creanţelor conform art. 95 din Legea nr. 85/2006, adunarea creditorilor urmând a stabili momentul când acesta va fi supus aprobării.

Contestatorul precizează că a indicat în adresa de clarificare faptul că, raportat la necesitatea de a beneficia de proiecţia specială acordată debitorului aflat în procedura de insolvență care se află în această situație ca urmare a insuficienței fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile (art. 3 din Legea nr. 85/2006), legiuitorul a mai prevăzut o dispoziţie specială - în speţă art. 36 din Legea nr. 85/2006 - normă imperativă, de ordine publică prin care, de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acţiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanţelor asupra debitorului sau bunurilor sale, cu excepţia acţiunilor exercitate în cadrul unui proces penal. În contextul susmenţionat, autoritatea contractantă nu a avut în vedere, când a adoptat soluţia de excludere faptul că, creditorul ANAF are drepturile prevăzute de procedurile reglementate de Legea nr. 85/2006, însă creanţele sale ca urmare a efectelor pe care această suspendare legală le produce nu pot fi valorificate, decât în mod colectiv și organizat sub supravegherea administratorului judiciar și controlul judecătorului sindic.

... învederează că suspendarea reglementată de art. 36 din Legea nr. 85/2006 - generată *ex lege* de deschiderea procedurii insolvenţei - împiedică atât continuarea acţiunilor/măsurilor judiciare sau extrajudiciare începute, cât și începerea unor acţiuni noi, efectul suspendării determinând oprirea instantanee a acestora. Or, autoritatea contractantă nu poate aplica discreţionar anumite texte legale și să le ignore pe altele. Legiuitorul a prevăzut necesitatea proiecţiei speciale a debitorului aflat în procedura de insolvență care se află în această situație ca urmare a insuficienței fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile (art. 3 din Legea nr. 85/2006), context în care s-a reglementat, prin art. 36 din Legea nr. 85/2006 - normă imperativă, de ordine publică, de la data deschiderii procedurii, suspendarea de drept a tuturor acţiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanţelor asupra debitorului sau bunurilor sale, cu excepţia acţiunilor exercitate în cadrul unui proces penal. În contextul susmenţionat, creditorul ANAF are drepturile prevăzute de procedurile reglementate de Legea nr. 85/2006, însă creanţele sale ca urmare a efectelor pe care această suspendare legală le produce nu pot fi valorificate, decât în mod colectiv și organizat sub supravegherea administratorului judiciar și controlul judecătorului sindic.

Autoritatea contractantă nu a avut în vedere faptul că suspendarea acţiunilor/măsurilor reglementată de art. 36 din Legea nr. 85/2006 este o facilitate care operează prin efectul legii, *ex lege*, fără să fie necesară pronunţarea unei hotărâri în acest sens, efectul suspensiv producându-se de la pronunţarea hotărârii de deschidere a procedurii având ca rezultat

încetarea urmăririlor individuale contra debitorului și continuarea activității în perioada de observaţie până la luarea unei hotărâri de către creditorii ofertantului cu privire la modalitatea de reorganizare a activității acestuia.

Deși dreptul la acţiune al creditorilor se suspendă potrivit art. 36, acesta nu dispare, el fiind conservat potrivit art. 40 din aceeaşi lege, text care consacră un alt efect important al deschiderii procedurii, respectiv suspendarea curgerii termenelor de prescripţie. Prin urmare, este important de ştiut că sub rezerva îndeplinirii exigențelor privitoare la prescripţia extinctivă, creditorul va putea relua demersul judiciar împotriva debitorului, spre exemplu, în cazul respingerii sau închiderii procedurii insolvenței.

Contestatorul precizează că art. 36 din Legea nr. 85/2006 vizează toate acţiunile/măsurile judiciare sau extrajudiciare care urmăresc realizarea creanţelor, indiferent dacă aceste creanţe sunt creanţe curente sau creanţe anterioare deschiderii procedurii, creanţe bugetare sau chirografare, norma legală nedistingând, iar această suspendare de drept se justifică prin imperativul continuării activității debitorului după data deschiderii procedurii insolvenței în perioada de observaţie și în cea vizând implementarea unui plan de reorganizare.

Se învederează că, prin art. 165 din Legea nr. 98/2016 se urmăreşte tocmai realizarea creanţelor bugetare aflate în sarcina ofertanților/ candidaților în procedurile de achiziţie, prevederea venind în conflict cu norma specială din Legea nr. 85/2006, aspect neanalizat de autoritatea contractantă cu ocazia adoptării soluţiei de excludere din procedura de achiziţie a ofertantului ... Dacă creditorul ANAF nu se poate adresa organului de jurisdicţie pentru a obţine recunoaşterea și valorificarea dreptului său de creanţă, printr-o hotărâre care să-i asigure executarea silită a obligaţiei corelative de către debitor, cu atât mai puţin un terț - cum este autoritatea contractantă ... - nu se poate prevala de eventuala neexecutare a unor obligaţii privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat afectate de suspendarea legală reglementată de art. 36 din Legea nr. 85/2006, pentru a exclude dintr-o procedură de achiziţie publică ofertantul clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire.

... precizează că inaplicabilitatea în speţă a prevederilor art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 nu deschidea autorității contractante posibilitatea de a exclude ofertantul din procedura de achiziţie în baza art. 165 alin. (2) din lege, atât timp cât ofertantul se află înr-o procedură judiciară de pl...icare a achitării creanţelor în regim concursual, colectiv, egalitar și judiciar, reglementată de Legea nr. 85/2006, iar ignorarea dispoziţiilor Legii nr. 85/2006, care prevăd facilitățile stipulate în favoarea debitorului aflat în procedura de insolvență, și care în cazul de față cumulează și calitatea de ofertant în procedura de achiziţie, nu se subsumează sintagmei „mijloace adecvate”. Art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2017 nu stabilește în sarcina ... o obligaţie legală care să presupună, în fapt, o veritabilă *probatio diabolica* în sensul de a „face cercetări suplimentare pentru aflarea adevărului”, întrucât ... nu este instanță judecătorească, iar în procedură, ofertantul a prezentat documente adecvate - certificatul de atestare fiscală, hotărârea judecătorească de

deschidere a procedurii generale a insolvenței, sentințele pronunțate de judecătorul sindic vizând creanţa ANAF.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă nu a demonstrat prin orice mijloace adecvate că ofertantul ... şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat și, pe cale de consecinţă, nu poate exclude din procedura de atribuire ofertantul ... - în insolvență, aspect constatat și prin decizia CNSC nr. ..., fila 18, paragraful 3. Or, autoritatea contractantă, nici după reluarea procedurii, nu a demonstrat prin mijloace adecvate cuantumul datoriilor, și nici nu a stabilit caracterul definitiv al acestora. Astfel, atât în Raportul procedurii nr. 21836/ 22.11.2017, cât și în comunicarea nr. 21839/22.11.2017 se indică de către autoritatea contractantă faptul că ofertantul ... are creanţe în raport cu DGITL Sector 4. Autoritatea contractantă nu indică nici cuantumul creanţelor, nici dacă acestea sunt născute ulterior deschiderii procedurii de insolvență, nici cum a stabilit autoritatea contractantă caracterul definitiv al acestora și care este relevanța faptului că ... are creanţe, în condiţiile în care autoritatea contractantă nu deţine un înscris autentic în acest sens, provenind de la DGITL Sector 4.

... învederează că autoritatea contractantă, în susţinerea soluţiei adoptate, indică faptul că în planul de reorganizare al societății este specificat că aceasta *„nu își poate acoperi cheltuielile din veniturile realizate înregistrând datorii născute în perioada de observaţie în cuantum de 21.421.642 lei”*. Nu a specificat autoritatea contractantă că această afirmaţie cuprinsă în planul de reorganizare se făcea raportat la data de 31.03.2017, în contextul în care la 5 ani de la deschiderea procedurii de insolvență nu s-a ajuns în faza implementării unui plan de reorganizare și nu s-au valorificat bunuri din patrimoniul societății, suma indicată de autoritatea contractantă nu are caracter definitiv având în vedere că în această sumă sunt incluse sumele datorate ANAF și nici nu se indică de autoritatea contractantă dacă a identificat sau nu în plan dacă există sau nu există o eşalonare la plată a acestora ori alte facilităţi în vederea plăţii acestora, dacă prin plan s-a amânat plata acestora până la sfârșitul primului an de reorganizare etc., planul de reorganizare al societății nefiind un mijloc adecvat în a demonstra că un operator economic şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat. În contextul susindicat, măsura de excludere dispusă este netemeinică și nelegală, impunându-se luarea măsurilor de remediere solicitate.

În ceea ce priveşte temeiul excluderii ofertantului, contestatorul indică faptul că, în cazul societăților în insolvență, efectele art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2017 sunt anulate de prevederile speciale ale art. 154^2 din Legea nr. 85/2006, debitorului aflat în perioada de observaţie sau de reorganizare neputându-i fi îngrădit dreptul de a participa la licitaţii, și cu atât mai puţin pentru motivul prevăzut de art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul invocă prevederile art. 168 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, precum și faptul că ofertantul ... a prezentat certificatul de

atestare fiscală și cazierele ofertantului/conducătorului, iar ANAF, DGRFP Bucureşti - AFP Sector 4 Bucureşti, cu adresa nr. 25040/21.09.2017, înregistrată la ... cu nr. 17647/25.09.2017, a comunicat ... faptul că „(...) din documentele aflate la dosar rezultă că între părți, respectiv ... și ANAF, există situații litigioase nefinalizate neexistând un total definitiv al datoriilor".

Se precizează că, deși autoritatea contractantă a solicitat prezentarea datoriilor curente plătite după intrarea în procedura generală a insolvenței, iar ofertantul ... s-a conformat, transmițând situația cuprinzând plăţi efectuate de ofertantul ... către creditorii cunoscuţi conform art. 49 din Legea nr. 98/2016 în perioada 01.01.2015-30.09.2017, ... nu a făcut aplicarea prevederilor art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și nu a valorificat dispoziţiile legale incidente, eforturile ofertantului ... de a continua desfășurarea activității în perioada de observaţie în condiţiile conservării averii acestuia, până la aprobarea unui plan de reorganizare propus de administratorul judiciar fiind ignorate. De asemenea, autoritatea contractantă nu a valorificat în procedură împrejurarea că ofertantul ... efectuează lunar plăţi vizând datorii curente ale societății, sub supravegherea administratorului judiciar desemnat de creditorul AAAS și confirmat de judecătorul sindic, în lipsa unui plan de reorganizare și a valorificării de active din patrimoniu.

Contestatorul critică faptul că autoritatea contractantă nu a ținut seama de faptul că art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 stabilește limitativ condiţiile pe care o societate în insolvență trebuie să le îndeplinească pentru a nu fi exclusă din procedura de achiziţie.

... subliniază că a fost exclus din procedură atât conform art. 165 alin. (1), cât și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu încălcarea Deciziei CNSC nr. ... - definitivă și irevocabilă, pronunțată în contradictoriu cu ..., unde se statuează irevocabil în sensul că „Consiliul apreciază că nu se poate dispune excluderea din procedura de achiziţie a ofertantului ... în baza art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în contextul în care deschiderea unei proceduri de insolvenţă la un agent economic se face pentru instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvenţă (art. 2 din Legea nr. 85/2006), insolvenţa fiind definită ca acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficienţa fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide şi exigibile (art. 3 din Legea nr. 85/2006)". Procedând astfel, autoritatea contractantă sfidează caracterul definitiv și irevocabil al deciziilor CNSC, infrângând caracterul obligatoriu de care se bucură deciziile CNCS conform art. 28 din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, prin Decizia nr. ... - definitivă și irevocabilă, CNSC a statuat în sensul că „Până la reinserţia debitorului ... în activitatea comercială printr-o sentinţă pronunţată de judecătorul sindic, ofertantului ... nu i se poate refuza încadrarea în prevederile art. 167 alin. (2), coroborat cu art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 în condiţiile în care a făcut dovada deschiderii procedurii de insolvenţă, aflându-se în perioada de observaţie, a luării măsurilor impuse de lege şi a expirării unei perioade de 3 ani de la data deschiderii acestei proceduri", context în care

... solicită autorității contractante să implementeze Decizia CNSC și să constate incidente prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul învederează că autoritatea contractantă nu a avut în vedere faptul că, în cazul societăților aflate în insolvență în perioada de observaţie sunt incidente concomitent și corelativ prevederile art. 165 alin. (3), art. 167 alin. (2) coroborate cu art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, față de împrejurarea că ofertantul beneficiază de facilitățile oferite de Legea nr. 85/2006, inclusiv de prevederile art. 154^2 din Legea nr. 85/2006. De asemenea, autoritatea contractantă nu a analizat dacă ofertantul ... se încadrează sau nu în excepţia prevăzută la art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, adoptând o soluţie netemeinică și nelegală.

... arată că este o societate cu capital integral de stat, înființată în anul 2000 în baza O.U.G. nr. 23/2000 aprobată cu modificări prin Legea nr. 440/2001, care, în urma reorganizării din 2004, a rămas cu cca. 98% din datoriile vechiului ... și doar 2% active, iar acţionarul unic - Statul Român prin ... nu are posibilitatea legală de a asigura capitalul de lucru necesar printr-un aport în numerar și nici nu poate acorda împrumuturi băneşti necesare societății, cum prevede legea în cazul societăților comerciale cu capital privat, sau subvenţii cum primesc societățiile care prestează servicii publice/de interes public, astfel încât ofertantul ..., până la aprobarea planului de reorganizare cu lichidare parţială, trebuie să continue activitatea curentă, de preferinţă prin executarea activităților ce formează obiectul principal de activitate al societății - construcții hidrotehnice, întreținere și reparaţii în amenajările de îmbunătățiri funciare aflate în administrarea ...-partener traditional de la înfiinţare în 2004 din divizarea .... Aportul de capital nu implică un ajutor de stat doar atunci când participarea statului la capitalul unei societăţi trebuie să fie majorată, cu condiţia ca aportul de capital să fie proporţional cu numărul de acţiuni deţinute de autorităţile publice şi să fie însoţit de un aport de fonduri ale unui acţionar privat în cadrul procesului de majorare a capitalului social. Aportul de fonduri al acţionarului privat trebuie să aibă o importanţă economică semnificativă. În speţă nu este cazul, ADS fiind acţionar unic.

Contestatorul subliniază că autoritatea contractantă este cea care a preluat 98% din activele ... în 2004, operaţiunea de divizare fiind cea care a creat dezechilibrul dintre drepturile și obligaţiile, respectiv creanţele și datoriile ofertantului, legislaţia achiziţiilor publice permițând accesul societăților aflate în insolvență la procedurile de atribuire a contractelor de achiziţie publică, fie acestea cu capital privat, mixt sau de stat, fără discriminare și cu respectarea egalității de șanse între participanţii privaţi sau de stat din piaţă, în condiţiile limitativ reglementate de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2017. Norma specială vizând „situația operatorului economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă” - art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2017 - nu prevede și condiţia vizând îndeplinirea obligaţiilor privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat, tocmai în considerarea motivelor care au determinat deschiderea procedurii de insolvență.

... precizează că, dacă în cazul societăților private sau mixte s-ar putea găsi o justificare vizând necesitatea îndeplinirii condiţiei privind plata

impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat prin aceea că legea societăților comerciale permite neîngrădit aporturile în numerar și împrumuturile, în cazul societăților cu capital integral de stat o asemenea condiţie era neadecvată și disproporţionată față de scopul urmărit și lipsa instrumentelor legale necesare finanțării activității, motiv pentru care nici nu a fost inclusă o asemenea prevedere în art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Față de cele de mai sus, astfel cum s-a reținut în decizia CNCS nr. ..., până la reinserţia debitorului ... în activitatea comercială printr-o sentință pronunțată de judecătorul sindic, ofertantului ... nu i se poate refuza pentru motive obscure încadrarea în prevederile art. 167 alin. (2) coroborate cu art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și încadrarea în prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, în condiţiile în care societatea a făcut dovada deschiderii procedurii de insolvență și luării măsurilor necesare și suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere menționate, dar și a expirării unei perioade de 3 (trei) ani de la data deschiderii procedurii de insolvență. Art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 reglementează tocmai o situație de excepţie în raport cu norma generală reprezentată de art. 164 și art. 165 din lege, în timp ce art. 171 alin. (5) prevede la rândul său o situație specială cu caracter de excepție. Raportat la textele legele incidente susindicate, autoritatea contractantă nu poate exclude ofertantul aflat în insolvență pentru motivele reglementate de art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, prevederile de excepţie reglementate de art. 165 alin. (3), art. 167 alin. (2) coroborat cu art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 înlăturând aplicabilitatea normei juridice generală a art. 165 alin. (1) și (2).

Concluzionând, contestatorul subliniază că soluţia adoptată de comisia de evaluare LOT 3, de excludere a ofertantului ..., nu a avut la bază o analiză obiectivă, completă și corelată a legislaţiei incidente și a documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare, care să țină seama de constatările obligatorii pentru ofertantul ... și autoritatea contractantă din Decizia CNSC nr. ... și celelalte decizii emanând de la CNSC și obligatorii pentru ... și ..., context în care soluţia adoptată de comisia de evaluare LOT 3 apare ca fiind nemotivată în fapt și în drept, aspect de natură să atragă anularea comunicărilor autorității contractante ... nr. 22437/29.11.2017 și nr. 21839/22.11.2017, anularea raportul procedurii nr. 21836/22.11.2017, comunicat pe SEAP la data de 22.11.2017, prin care ofertantul ... a fost exclus nelegal și toate actele subsecvente acestuia, Procesului verbal de evaluare 6 nr. 21759/21.11.2017 - necomunicat, motiv pentru care solicită remedierea neregulilor și încălcărilor susenunțate și reluarea procedurii din faza de solicitare/evaluare a documentelor doveditoare DUAE aparținând ofertantului unic, cu luarea în considerare a motivelor care determină declararea ofertei ... drept admisibilă și câștigătoare, cu o propunere financiară de 293.004,29 lei fără TVA.

Prin adresa nr. 22.657/06.12.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 52090/06.12.2017, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care precizează următoarele:

... invocă dispozițiile art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și arată că, în urma Deciziei CNSC nr. ..., a solicitat clarificări suplimentare și a constatat următoarele:

Conform adresei transmisă DIRECŢIEI GENERALE DE IMPOZITE ȘI TAXE LOCALE Sector 4 Bucureşti, cu nr. 20809/07.11.2017, prin care autoritatea contractantă a solicitat comunicarea datoriilor pe an fiscal din anul 2012 până în prezent, respectiv dacă din anul 2012 și până în prezent au fost solicitate cereri de eşalonare, precum și dacă au fost respectate termenele de plată stabilite, prin adresa nr. 239426/07.11.2017, înregistrată la ... cu nr. 20876/07.11.2017, DIRECŢIA GENERALĂ DE IMPOZITE ȘI TAXE LOCALE Sector 4 Bucureşti a comunicat că ... are creanţe, neexistând eșalonări, de la intrarea în insolvență până în prezent.

Din Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 10802/31.05.2017 (Tabel definitiv rectificat al obligaţiilor debitoarei ... se constată creanţe garantate și neachitate după anul 2012 conform Buletinului.

Conform Planului de Reorganizare al debitoarei ..., depus la dosarul nr. 26428/3/2017 de la Tribunalul Bucureşti, se constată următoarele:

„1. - la pagina 9/38 din Planul de Reorganizare a fost personalul pentru finalizarea contractelor aflate în derulare, ceea ce conduce la incapacitatea tehnică de a încheia contracte noi;

2. - la pagina 12/38 din Planul de Reorganizare privind situația obligaţiilor de plată născute după 2012 în timpul perioadei de insolvență, ... a înregistrast datorii privind obligaţiile de plată la bugetul consolidat în sumă de 11.953.341 lei, din care a fost achitată suma de 939.227. Din acest motiv rezultă o datorie după anul 2012 de 11.014.114 lei, motiv pentru care autoritatea ... a încadrat ... in prevederile art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice. Mai mult, tot la aceiaşi pagină nr. 12/38 ultimul paragraf rezultă că de la data întrării în insolvență și până la data de 31 martie 2017 rezultă creanţe datorate și neachitate în cuantum de 21.421.642 lei;

3. - se constată la pagina 13/38 din Planul de Reorganizare în perioada de observaţie neducerea la îndeplinire a obligaţiilor din anul 2012, conform datelor din tabelul asumat de ... a creanţelor de 21.421.642 lei datorii înregistrate după data intrării în insolvență (Anexa 3).”

Autoritatea contractantă consideră că operatorul economic nu are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică în cazul în care ar fi fost declarat câștigător și nici de a duce la bun sfârșit perioada de garanţie pe care acesta a acordat-o lucrării și anume 60 de luni, precum și că operatorul economic nu se încadrează în prevederile Legii nr. 98/2016 prevăzute la art. 167 alin. (2), întrucât din documentele juridice depuse la procedură, reiese că se află în insolvență din anul 2012 și până în prezent nu are întocmit un plan de reorganizare aprobat de instanţă.

Având în vedere cele menționate mai sus, autoritatea contractantă consideră că nu a încălcat nicio prevedere legală privind achiziţiile publice, așa cum afirmă ..., drept dovadă că acesta nu a prezentat documente justificative din care să reiasă plata obligaţiilor fiscale către bugetele asigurărilor sociale și bugetul de stat.

În consecinţă, ... solicită respingerea contestaţiei ca nefondată.

Prin adresa nr. 22.904/11.12.2017, autoritatea contractantă a transmis „Completare punct de vedere nr. 22657/06.12.2017”, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată, pentru următoarele motive:

... precizează că, potrivit dispozițiilor art. 65 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire un operator economic în cazul în care poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat. Aceste informaţii se regăsesc cu certitudine în documentele analizate de comisia de evaluare.

Potrivit Legii Insolvenţei, datoriile anterioare deschiderii procedurii pot fi plătite doar printr-un plan de reorganizare sau prin distribuiri, în faliment. Doar datoriile curente pot fi achitate în mod normal, fără a fi condiţionate de rigorile procedurii. Astfel, companiei insolvente îi este interzis să-şi achite individual datoriile anterioare deschiderii procedurii, procedura fiind una colectivă şi concursuală. Sarcina probei cu privire la dovedirea încadrării în excepţiile prevăzute de lege incumbă ofertantului aflat în stare de insolvență.

Autoritatea contractantă arată că, potrivit dispoziţiilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, are obligaţia şi nu dreptul de a exclude ofertanţii aflaţi în procedura insolvenţei, cu excepţia precizată de alin. (2) a aceleiaşi dispoziţii legale. Este în sarcina ofertanţilor aflaţi în această situaţie să prezinte documente din care să rezulte faptul că se află în situaţia de excepţie pentru a evita excluderea. Altfel spus, sarcina probei cu privire la dovedirea încadrării în excepţia prevăzută de lege incumbă ofertantului aflat în stare de insolvență. Astfel, factorii avuţi în vedere în luarea deciziei vizează scăderea numărului de angajaţi, cuantumul pierderilor înregistrate, valoarea creanţelor acumulate, informaţii disponibile autorităţii contractante.

Faptul că societatea ... participă la procedură impune obligaţia comisiei de evaluare de a verifica temeinic toate motivele de excludere vizând-o pe aceasta, indiferent de preţ sau dacă este unic ofertant. Contrar susţinerilor contestatorului, autoritatea contractantă apreciază că, în mod corect, comisia de evaluare a reţinut incidenţa art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016. Faptul că un ofertant se află în insolvenţă este un reper care determină luarea de către autoritatea contractantă a tuturor măsurilor de natură a asigura finalitatea obiectivă a derulării procedurii de atribuire, respectiv executarea de către câştigător a tuturor lucrărilor prevăzute în documentaţia de atribuire, fundamentând cu atât mai mult decizia autorităţii contractante de excludere a ofertantului de la procedură.

Cu privire la justificarea dependenţei activităţii ... de contractele ..., autoritatea contractantă consideră că nu poate fi reţinută, ţinând cont de faptul că toţi operatorii economici îşi desfăşoară activitatea în aceleaşi condiţii. Deşi dispoziţiile legale în materie de insolvenţă instituie anumite măsuri de protecţie a persoanei juridice aflată în procedura insolvenţei, aceste măsuri nu pot fi privite independent de contextul legislativ în materie de achiziţii publice.

Astfel, autoritatea contractantă exclude de la procedura de atribuire, cu titlu de obligaţie în sarcina acesteia, operatorul economic care se află în procedura insolvenţei sau în lichidare, excepţia urmând a fi dovedită de acesta din urmă cu informaţii şi documente de natură să stabilească existenţa capacităţii acestuia de a executa contractul de achiziţie publică.

Sunt elocvente următoarele informaţii cu privire la capacitatea ... de a executa contractul:

- Numărul de angajaţi în scădere continuă, respectiv: în anul 2011 – 403 angajați, în anul 2012 – 271 angajați, în anul 2013 – 213 angajați, în anul 2014 – 184 angajați, în anul 2015 – 155 angajați, iar în anul 2016 – 143 angajați;
- Societatea a înregistrat pierderi consistente în toţi anii analizaţi (2014 - 4.381.506 lei, 2015 - 4.678.654 lei, 2016 - 4.303.950 lei).

Potrivit Directivei UE (Directiva 2014/24/UE şi Regulamentul UE 2015/1929), este necesară o analiză a capacităţii efective a firmei de a executa în viitor proiectul pentru care licitează.

Invocarea de către contestator a unor argumente care nu au legătură cu obiectul achiziţiei publice nu este de natură a forma autorităţii contractante convingerea că operatorul economic a luat măsuri ferme în ceea ce priveşte excepţia prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Aceste informaţii nu au, de altfel, nicio relevanţă în raport cu ceea ce operatorul economic avea obligaţia de a proba, astfel încât comisia de evaluare să poată aprecia aplicabilitatea excepţiei. Deşi au fost formulate solicitări clare în sensul transmiterii de documente care să probeze încadrarea în excepţie, contestatorul s-a limitat la a transmite strict pe cele nelimitativ precizate de comisia de evaluare, nedepunând diligenţe suplimentare pentru a prezenta, potrivit obligaţiei instituite în sarcina sa, documente care să justifice aplicarea excepţiei.

În drept, autoritatea contractantă motivează completarea punctului de vedere cu prevederile Legii nr. 98/2016, ale H.G. nr. 395/2016 şi ale Legii nr. 101/2016.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat procedura simplificată, într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Lucrări de întreținere și reparații în amenajările de îmbunătățiri funciare din cadrul Filialelor Teritoriale ale ... - 22” – **Lot 3 contestat** (Lucrări de reparații la ...) – cod CPV: 50500000-0 - Servicii de reparare și de întreținere a pompelor, a vanelor, a robinetelor, a containerelor de metal și a mașinilor (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare simplificat nr. ....

Conform anunțului de participare și documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări de 712.475,47 lei, fără TVA.

Conform mențiunilor existente în procesul-verbal nr. 1 de deschidere a ofertelor, înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 13181/19.07.2017,

pentru Lotul 3 (contestat) a depus ofertă numai ..., aspecte consemnate și în raportul procedurii nr. 17909/27.09.2017.

Pe rolul Consiliului s-a aflat dosarul nr. ..., iar prin Decizia nr. ..., Consiliul a admis contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ..., a anulat raportul procedurii nr. 17909/27.09.2017 și actele subsecvente acestuia și a obligat ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la primirea deciziei, să procedeze la reluarea procedurii de achiziție publică pentru lotul 3, prin reanalizarea documentelor transmise de către ANAF – Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice – București, Administrația Sectorului 4 a Finanțelor Publice și prin solicitarea de clarificări suplimentare atât ANAF cât și ...

Autoritatea contractantă ... a reluat procedura de achiziție publică și, în urma reanalizării documentelor prezentate de ... ..., a întocmit raportul procedurii nr. 21836 din 22.11.2017 prin care a respins oferta prezentată de ofertantul în cauză, pentru lotul 3, în temeiul prevederilor art. 165 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

... a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 3646/27.11.2017, înregistrată la ... cu nr. 22151/27.11.2017, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, la care aceasta a răspuns prin adresa nr. 22437/29.11.2017, în cuprinsul căreia a precizat că nu va adopta măsuri de remediere, aspect criticat prin contestația ce face obiectul prezentei cauze.

Procedând la soluționarea contestației formulate de ... ..., Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a transmis către acest ofertant adresa nr. 21839/22.11.2017, de comunicare a rezultatului procedurii, în cuprinsul căreia a precizat că *„autoritatea contractantă v-a exclus din procedura de atribuire conform prevederilor art. 65 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016. (...) în urma demersurilor întreprinse de autoritatea contractantă în urma Deciziei C.N.S.C. nr. ..., înregistrată la ... cu nr. 20729/06.11.2017, s-au constatat următoarele:*

- *Conform adresei transmisă DIRECȚIEI GENERALE DE IMPOZITE ȘI TAXE LOCALE Sector 4 București, nr. 20809/07.11.2017, autoritatea contractantă constată că societatea dvs. are creanțe, neexistând eșalonări, de la intrarea în insolvență până în prezent.*
- *Din Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. ... (Tabel definitiv rectificat al obligațiilor debitoarei* ... SA*) se constată creanțe garantate.*
- *Conform Planului de Reorganizare a societății dvs. la pag. 13/38 este specificat că societatea dvs. nu își poate acoperi cheltuielile din venituri realizate înregistrând datorii născute în perioada de observație, în cuantum de 21.421.642 lei”*.

Raportat la motivul de respingere, Consiliul are în vedere că, anterior, în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică, a fost emisă Decizia C.N.S.C. nr. ..., în cuprinsul căreia s-a precizat că *„(...) autoritatea contractantă nu poate face aplicarea prevederilor art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv să respingă oferta depusă de ... ... pentru lotul 3 decât în măsura în care poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat.*

Or, în condițiile în care din cuprinsul adresei nr. 25040/21/09/2017 transmisă de ANAF nu rezultă existența unui total definitiv al datoriilor, Consiliul constată că decizia autorității contractante nu s-a bazat pe dovezi concludente privind încălcarea de către contestator a obligațiilor referitoare la plățile către bugetul general consolidat, acest aspect putând fi demonstrat doar în urma stabilirii cu exactitate, atât a cuantumului datoriilor și a faptului că acestea reprezintă creanțe născute ulterior deschiderii procedurii de insolvență, cât și prin stabilirea caracterului definitiv al acestora.

Sub acest aspect, Consiliul are în vedere că atât contestatorul cât și ANAF au făcut referire la existența unei situații litigioase însă nici ... ... și nici Administrația Sectorului 4 a Finanțelor Publice nu au prezentat documente relevante în acest sens.

Prin urmare, în măsura în care din documentele aflate la dosarul cauzei (inclusiv din cele existente la dosarul achiziției publice) nu reiese un total definitiv al datoriilor ..., Consiliul constată că, înainte de a proceda la respingerea ofertei prezentate pentru lotul 3 de către ofertantul în cauză, comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale, trebuia să-i solicite clarificări suplimentare, atât acestuia cât și ANAF, legate de situația litigiilor referitoare la obligațiile de plată ale ... pentru a se edifica cu privire la caracterul definitiv al datoriilor, astfel cum prevede art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și să verifice dacă prezenta situație se încadrează sau nu în excepția prevăzută la art. 165 alin. (3) din același act normativ (...).

Raportat la cele evocate şi ţinând seama că printre atribuţiile comisiei de evaluare sunt şi cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanţi, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentaţia de atribuire, aşa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislaţia în domeniu şi, pe cale de consecinţă, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, apare ca fiind fondată, urmând a fi admisă".

Se reține că, în vederea punerii în aplicare a celor dispuse prin Decizia C.N.S.C. nr. ..., autoritatea contractantă a transmis către Agenția Națională de Administrare Fiscală - Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București - Administrația Sector 4 a Finanțelor Publice adresa nr. 20809/07.11.2017, prin care s-au solicitat informații suplimentare cu privire la obligațiile de plată și datoriile cu care figurează ... în insolvență, iar prin răspunsul formulat prin adresa nr. 239426/07.11.2017, înregistrată la ... cu nr. 20876/07.11.2017, se precizează următoarele:

- *„Obligațiile fiscale înscrise la masa credală sunt în sumă de 513.800,07 lei (sumă care cuprinde semestrul I 2012);*
- *Obligațiile fiscale aferente semestrului II 2012 sunt:*
  - *Impozit clădire – 93.551,25 lei;*
  - *Impozit teren – 752,93 lei;*
  - *Impozit auto – 3.045,00 lei;*
- *Obligațiile fiscale aferente anului 2013 sunt:*

- *Impozit clădire – 187.102,50 lei;*
- *Impozit teren – 1.726,74 lei;*
- *Impozit auto – 6.090,00 lei;*

- *Obligațiile fiscale aferente anului 2014 sunt:*
  - *Impozit clădire – 187.102,50 lei;*
  - *Impozit teren – 1.747,59 lei;*
  - *Impozit auto – 6.090,00 lei;*
- *Obligațiile fiscale aferente anului 2015 sunt:*
  - *Impozit clădire – 18.301,00 lei;*
  - *Impozit teren – 1.748,00 lei;*
  - *Impozit auto – 6.090,00 lei;*
- *Obligațiile fiscale aferente anului 2016 sunt:*
  - *Impozit clădire – 18.301,00 lei;*
  - *Impozit teren – 2.174,00 lei;*
  - *Impozit auto – 6.090,00 lei;*
- *Obligațiile fiscale aferente anului 2017 sunt:*
  - *Impozit clădire – 18.301,00 lei;*
  - *Impozit teren – 2.174,00 lei;*
  - *Impozit auto – 6.090,00 lei.*

Totodată, vă informăm că din 2012 până în prezent nu au fost solicitate cereri de eșalonare."

Astfel, Consiliul constată că ... figurează cu datorii neachitate la plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidate, născute ulterior datei deschiderii procedurii de insolvență (12.07.2012), pentru care nu au fost formulate cereri de reeșalonare.

Consiliul nu reține în soluționare trimiterile făcute de către contestatorul ... la prevederile art. 36 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, potrivit cărora „*De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale, cu excepția acțiunilor exercitate în cadrul unui proces penal*", întrucât, în acest caz, suspendarea operează asupra creanțelor născute înainte de deschiderea procedurii insolvenței, în timp ce pentru creanțele născute după deschiderea procedurii sunt incidente prevederile art. 64 alin. (6) din același act normativ, care stabilește următoarele: „*Creanțele născute după deschiderea 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 în procedura de faliment*", rezultând că, indiferent de etapa în care se află procedura de insolvență, respectiv perioadă de observație sau faliment, creanțele născute după data deschiderii procedurii nu sunt înscrise la masa credală, ci se impun a fi plătite în baza documentelor care stau la baza existenței acestora.

Într-o atare situație, Consiliul constată că, în mod întemeiat, comisia de evaluare a aplicat prevederile art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora „*Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire*

un operator economic în cazul în care poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat”, din cuprinsul documentului transmis de Agenția Națională de Administrare Fiscală - Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București - Administrația Sector 4 a Finanțelor Publice, respectiv adresa nr. 239426/07.11.2017, rezultând, fără echivoc, faptul că ... și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, născute după data deschiderii procedurii insolvenței – 12.07.2012, motiv pentru care respinge, ca nefondate, criticile formulate de contestator.

În acest context, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

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