# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România**
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro


**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ....., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări de modernizare drumuri de interes local din ....., în cadrul proiectului „Modernizare rețele de drumuri de interes local, ....., județul .....", cod CPV 45233120-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 29.03....., organizată de ....., cu sediul în ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei desemnată câștigătoare.

La 07.08....., SC ..... SRL, cu sediul ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ..... - director general și administrator special, a formulat cererea de intervenție voluntară nr. R7287/07.08....., înregistrată la Consiliu cu nr. 32749/07.08....., prin care solicită respingerea contestației, ca nefondată, și menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
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 SC ..... SRL, lider al asocierii cu SC ...SRL, reclamă decizia autorității contractante ..... de a desemna câștigătoare oferta asocierii concurente SC ..... SRL - SC ...SA, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că oferta declarată câștigătoare are o valoare inexplicabilă, de doar 57% din valoarea estimată, și conține prețuri ireale, de dumping, neverificate de către comisia de evaluare. Răspunsul asocierii la solicitarea de clarificare a prețurilor sale este însoțit de un tabel cu prețuri practicate pentru balast, nisip, piatră spartă, dar nu și de calculații de preț sau oferte de preț de la distribuitori consacrați. Invocarea unor prețuri/costuri ireale la aceste materiale influențează și prețul mixturilor asfaltice, materialele anterior menționate făcând parte din conținutul acestora. Oferta trebuia declarată neconformă, întrucât prețurile ei nu corespund cu realitatea economico-financiară actuală.

SC ..... SRL se află în procedura de insolvență, ceea ce înseamnă că nu are capacitatea obiectivă de a executa partea din contract ce îi revine prin acordul de asociere. Răspunsul la solicitarea de clarificare este neconcludent și în contradicție cu realitatea, prezentând o serie de neconformități, după cum urmează:

- în adresa „CITR" Filiala ..... nr. 564/05.07..... se susține că, la data de 22.06....., a fost publicat un tabel definitiv de creanțe, urmând ca data limită de depunere a planului de reorganizare să fie 21.07.....;

- în dosarul nr. 6664/121/2014/a6, având ca obiect contestație la tabelul preliminar al creanțelor, la termenul de judecată din 08.06....., prin hotărârea nr. 316 din 8 iunie ....., Tribunalul ..... a admis în parte contestația formulată de „CNAIR Iași" la tabelul preliminar de creanță al debitoarei SC ..... SRL și, totodată, a dispus înscrierea în tabelul de creanțe a contestatoarei „CNAIR SA", cu suma de 4.690.139,24 lei pretenții și 1.848.669,90 lei dobânzi și penalități;

- potrivit art. 5 pct. 67 din Legea nr. 85/2014, tabelul definitiv de creanțe este tabelul care cuprinde toate creanțele asupra averii debitorului la data deschiderii procedurii, acceptate în tabelul preliminar și împotriva cărora nu s-au formulat contestații, precum și creanțele admise în urma soluționării contestațiilor sau cele admise provizoriu de către judecătorul-sindic, deci tabelul depus nu poate fi definitiv decât după soluționarea tuturor contestațiilor, conform art. 112 din aceeași lege;

- în dosarul nr. 6664/121/2014/a44 se mai află o contestație, înregistrată la 29.06....., a SC Arabesque SRL, privind același tabel definitiv invocat, cu termen de judecata 02.10.....;

Din documentele prezentate nu s-a dovedit că societatea este în curs de redresare, având în vedere scăderea cifrei de afaceri cu peste 60%, de la an la an, dar și reducerea numărului de angajați.

..... are obligația de a exclude de la licitație participanții aflați în stare de insolvență, în baza art. 164 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, inclusiv pe SC ..... SRL, care nu se încadrează în excepția prevăzută la art. 167 din lege.

SC ..... SRL a fost exclusă în iunie ..... de la procedura de licitație și de către Consiliul Județean ....., pentru motivul că nu a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, care să permită continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, documentele care justifică susținerile contestatoarei fiind anexate contestației.

Așadar, oferta asocierii SC ..... SRL - SC ...SA este inadmisibilă pentru că nu îndeplinește condițiile stabilite prin pct. III 2.1.a) din fișa de date a achiziției, SC ..... SRL fiind în insolvență și nu se încadrează în condițiile de excepție stabilite la art. 167 din Legea nr. 98/2016.

În punctul său de vedere nr. 6194/07.08..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 32699/07.08....., autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea acesteia ca neîntemeiată, întrucât nu sunt îndeplinite condițiile impuse de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că prin elaborarea raportului procedurii nr. 5786/24.07..... nu a fost vătămat niciun drept legitim al contestatoarei, documentele sale fiind analizate de comisie, iar oferta sa fiind clasată pe locul secund.

Contestatoarea nu-și susține afirmațiile referitoare la valoarea ofertată de asocierea SC ..... SRL - SC ...SA cu niciun fel de probe. Pentru balast, nisip și piatra spartă, contestatoarea a ofertat prețuri mai mici decât asocierea câștigătoare sau apropiate.

Comisia de evaluare a procedat în conformitate cu art. 210 din Legea nr. 98/2016, solicitând clarificările necesare prin adresele nr. 4819/19.06..... și 4997/26.06....., la care asocierea a răspuns în termenul acordat. Răspunsurile primite au fost apreciate de către comisia ca fiind complete și concludente.

În ceea ce privește faptul că SC ..... SRL se află în procedură de insolvență, comisia a solicitat clarificări prin adresa nr. 5367/07.07....., iar în urma răspunsului susținut și de către administratorul judiciar a constatat că sunt aplicabile prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și a acceptat oferta. Comisia a stabilit că operatorul economic are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică, întrucât se află în faza de

observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, care permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente. Extrasele de pe portalul instanței de judecată, invocate de contestatoare, denotă faptul că procedura se află în curs, în condițiile Legii nr. 85/2014.

Raportarea contestatoarei la deciziile altor comisii de evaluare este irelevantă, întrucât fiecare comisie de evaluare se pronunță asupra documentelor referitoare la îndeplinirea condițiilor de calificare care fac parte din oferta pe care o analizează și nu există temei legal în baza căruia documentele ofertei prezentate în cazul de față să fie similare cu cele prezentate în cadrul altei proceduri.

La 07.08....., SC ..... SRL a transmis Consiliului o cerere de intervenție voluntară cu scopul respingerii contestației SC ..... SRL, intervenție pe care Consiliul o determină a fi una accesorie, în favoarea autorității contractante.

Relativ la critica adusă de contestatoare cu privire la prețul de 57% din valoarea estimată, intervenienta arată că, potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 5786/24.07....., pag. 104 - Tabelul conținând materialele ofertate și prețurile, se observă:

- balastul sortat nespălat de râu este ofertat de contestatoare la prețul de 10 lei/mc, iar asocierea SC ..... SRL - SC Citadine 98 SA a ofertat același material la prețul de 14,40 lei/mc;

- nisipul sortat nespălat de râu este ofertat de contestatoare la prețul de 30 lei/mc, iar asocierea SC ..... SRL - SC ...SA a ofertat același material la prețul de 34 lei/mc;

- piatra spartă amestec optimal este ofertată de contestatoare la prețul de 22 lei/mc, iar asocierea SC ..... SRL - SC ...SA a ofertat același material la prețul 21 lei/mc.

Preturile practicate sunt cele proprii liderului SC ..... SRL, acesta fiind producător, fapt ce reiese și din mențiunea loco bază producție Satu Nou, Panciu, ..... Distanța dintre baza de producție Satu Nou și amplasamentul lucrărilor din ..... este de 23 km. Spre deosebire de contestatoare, care are calitatea de cumpărător, producătorul SC ..... SRL deține balastieră proprie.

În ceea ce privește mixturile asfaltice, s-a transmis autorității analiza de preț, cu mențiunea că sunt produse în baza de producție a SC ..... SRL.

Asocierea a furnizat toate justificările solicitate de autoritate, pertinente pentru susținerea valorii ofertate.

Legat de starea sa de insolvență, SC ..... SRL precizează că art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2016, potrivit căruia debitorul aflat în procedura insolvenței nu poale fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii, a fost introdus în mod special în legislație pentru a accentua voința legiuitorului de a asigura o protecție corespunzătoare societăților aflate în dificultate

temporară, in raport cu „multitudinea și diversitatea situațiilor raportate în practică, în care debitorul era împiedicat să participe la licitații, ca motivația stării sale de insolvență.” Intenția legiuitorului de a accentua această protecție prin art. 77 alin. (6) reiese chiar din introducerea textului, deși era suficient cel de la art. 341 din Legea nr. 85/2014, potrivit căruia orice decăderi, limitări, interdicții ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului, iar dispozițiile contrare se abrogă.

În stabilirea admisibilității ofertei, autoritatea a făcut aplicarea art. 167 alin (2) din Legea nr. 98/2016, apreciind că, prin oferta depusă, SC ..... SRL face dovada capacității sale de a executa și finaliza contractul de achiziție publică. Contestatoarea nu are calitatea stabilită prin lege de a se pronunța cu privire la concludența informațiilor prezentate prin administratorul judiciar „CITR” Filiala ..... SPRL în ceea ce privește starea de insolvență, autoritatea fiind singura în măsură să aprecieze, conform documentelor justificative prezentate și potrivit necesităților acesteia, transpuse în documentația de atribuire.

Contestatoarea a invocat decizia Consiliului nr. 1456/C4/1686/ 15.06....., dar:

- decizia a fost emisă cu privire la altă procedură de atribuire, derulată de altă autoritate contractantă;

- contestația nr. 5310/19.08....., obiect al dosarului nr. 1686/....., a fost depusă de SC ...SA, lider al asocierii SC ...SA - SC ..... SRL - SC ... SRL;

- valoarea estimată a procedurii de atribuire a fost de 14.875.278 lei, cu o durată de execuție a lucrărilor de 48 luni, oferta asocierii fiind de 7.436.874 lei;

- la momentul derulării respectivei proceduri de atribuire, SC ..... SRL se afla tot în procedură de insolvență, perioada de observație, însă în altă etapă procedurală în ceea ce privește demersurile întreprinse pentru depunerea planului de reorganizare;

- contractul din procedura de atribuire contestată în prezent are valoarea estimată de 3.691.543.29 lei și durata de execuție de 12 luni;

- punctul de vedere referitor la starea de insolvență a SC ..... SRL a fost emis de administratorul judiciar prin adresa nr. 564/ 05.07.....

Dacă se realizează o comparație se poate observa că:

1. Planul de reorganizare al societății debitoare este, în acest moment, depus la dosarul instanței (nr. 6664/121/2014). Anunțul de depunere a planului de reorganizare a fost publicat în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 14679/....., fiind pus, astfel, la

dispoziția tuturor creditorilor și persoanelor interesate. De asemenea, acesta poate fi descărcat și de pe site-ul administratorului judiciar..... SPRL.

2. Administratorul judiciar a convocat adunarea generală a creditorilor la data de 30.08..... pentru votarea planului de reorganizare a societății debitoare ..... SRL, plan propus de către societate, prin administrator special.

3. Ca urmare a confirmării planului de reorganizare de către judecătorul sindic, activitatea debitoarei este reorganizată în mod corespunzător, iar creanțele și drepturile creditorilor, precum și ale celorlalte părți interesate sunt modificate conform planului, astfel încât, potrivit art. 181. alin. (2) din legea insolvenței, *„la data confirmării unui plan de reorganizare, debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea prevăzută în plan, pe parcursul procedurii reorganizării judiciare*”.

4. Planul prevede, ca metodă de reorganizare, acoperirea într-un grad cât mai mare a creanțelor înregistrate la masa credală prin lichidarea activelor din patrimoniul societății, în conformitate cu art. 133 alin. (5) lit. f) din Legea nr. 85/2014. Prevede și ajustarea pasivului prin reducerea cuantumului creanțelor și eșalonarea unor datorii conform programului de plăți.

5 Totodată, planul de reorganizare stabilește reeșalonarea unor datorii (creanțe garantate, creanțe salariale și creanțe bugetare, cum sunt ele prevăzute în tabelul definitiv de creanțe) pe o perioadă de trei ani. Conform programului de plăți, în primul an de reorganizare sunt prevăzute distribuiri în cuantum de 2.033.794 lei, sumă ce nu pune în pericol capacitatea de execuție de lucrări a societății.

6. Conform informațiilor contabile:

- creanțele curente (sume de încasat) aflate în sold sunt în cuantum de 14.564.088 lei și provin din raporturi comerciale cu clienții;

- valoarea garanțiilor de bună execuție aflate în conturi bancare este 12.448.443 lei. Sunt peste 150 de conturi bancare de garanții de bună execuție ce urmează a fi deblocate în perioada următoare;

- datoriile către furnizori neachitate de la data deschiderii procedurii sunt 2.751.762 lei. Aceste datorii curente nu sunt scadente la momentul întocmirii situației financiare sau „vor face scopul” unor compensări cu creanțele reciproce pe care societatea le deține față de partenerii săi;

- nu există datorii scadente către organele fiscale. Datoriile anterioare și curente au fost achitate la zi;

- disponibilitățile bănești aflate în contul unic de insolvență sunt în cuantum de 3.047.538 lei.

7. Raportând dotările tehnice, structura personalului specializat, faptul că nu există datorii curente și sursele de finanțare prezentate mai sus la valoarea contractului în cauză se constată că lucrarea ofertată se încadrează în specificul și potențialul societății ..... SRL.

Tabelul definitiv de creanțe a fost publicat în buletinul procedurilor de insolvență nr. 12284/22.06....., iar creanța „CNAIR Iași" a fost înregistrată corespunzător hotărârii nr. 316 din 8 iunie ....., dosar nr. 6664/121/2014/a6.

Cu privire la reducerea numărului de angajați, s-a reușit menținerea unui număr suficient de personal specializat, păstrându-se expertiza tehnică necesară realizării proiectelor, personal ce poate suporta și volume mai mari de lucrări. Managementul societății a implementat măsuri de dimensionare a și corelare a structurii personalului la nivelul proiectelor contractate.

Cu privire la reducerea cifrei de afaceri, ea a fost cauzată, în principal, de:

- lipsa finanțării de la bugetele autorităților publice pentru contractele deja încheiate, aflate în diverse stadii, în funcție de nivelul de finanțare alocat pentru lucrările contractate;

- contextul macroeconomic, respectiv lipsa noilor proiecte/ lucrări la nivelul autorităților locale și naționale;

- dificultatea societății de a obține finanțarea capitalului de lucru din surse externe. Totuși, societatea a reușit deblocarea unei părți din sumele reținute în vederea asigurării finanțării capitalului de lucru necesar desfășurării activității pe contractele în derulare.

Societatea a participat la licitații și a reușit să obțină noi contracte, în consorțiu sau ca subcontractor, însă potențialul companiei de a lucra a rămas în mod semnificativ subutilizat.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură simplificată online în vederea achiziționării de lucrări de modernizare a 7,028 km drumuri de interes local, lucrării estimate valoric la 3.691.543,29 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură au fost depuse nouă oferte, între care și cele ale asocierilor SC ..... SRL - SC ...SRL și SC ..... SRL - SC ...SA, aceasta din urmă fiind declarată câștigătoare de către comuna achizitoare, având prețul cel mai scăzut dintre prețurile ofertelor

admisibile. Împotriva rezultatului, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

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

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/ 2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a

analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 5786/24.07....., rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La 26.07....., SC ..... SRL s-a plâns autorității de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 1111/26.07....., iar ..... i-a răspuns petentei cu adresa nr. 5899/27.07....., în sensul că nu va adopta măsuri de remediere a rezultatului achiziției. Primind acest răspuns, SC ..... SRL a reacționat prin depunerea contestației la Consiliu, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare.

Reclamanta aduce două categorii de criticii în privința evaluării ofertei asocierii declarate câștigătoare, bazate pe nesustenabilitatea prețului ofertat și starea de insolvență a SC ..... SRL.

Din parcurgerea criticilor pe marginea prețului ofertat se observă că acestea sunt formulate la modul general și nu conțin nicio analiză punctuală din care să reiasă că respectivul preț, chiar dacă este situat la 57% din valoarea contractului estimată în prealabil de unitatea achizitoare, ar avea repercusiuni asupra bunei executări a lucrărilor. Nici prin argumentarea probatorie din contestație și nici prin mijloacele de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, contestatoarea nu reușește să probeze că ar exista vreun impediment asupra îndeplinirii corespunzătoare a contractului din cauza prețurilor ofertate. În cadrul procedurii de control jurisdicțional, atât Consiliul, cât și instanțele trebuie să răspundă punctual la probleme concrete ridicate de petent, iar nu să se lanseze în cercetarea unor situații ipotetice și generalizatoare (decizia nr. 415/CA din 29 iunie 2009 a Curții de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal).

După cum reiese și din raportul procedurii, prin adresele nr. 4819/19.06..... și 4997/26.06....., comisia evaluatorie a pus în aplicare dispozițiile art. 210 din Legea nr. 98/2016, solicitând asocierii justificarea prețurilor practicate, iar răspunsurile primite au fost considerate concludente. De altminteri, din tabelul cu prețuri ale materialele ofertate, regăsit la pag. 104 și 105 din raport se observă că prețurile propuse de câștigătoare sunt apropiate de cele propuse de contestatoare, neexistând între ele diferențe anormal de mari. Costurile mai mici ale câștigătoarei sunt datorate calității de

producător a SC ..... SRL, cu balastieră proprie, ceea ce îi permite practicarea unor costuri mai scăzute în comparație cu antreprenorii care achiziționează materialele de la furnizori.

O hotărâre judecătorească elocventă în speță este și aceea nr. 4399/CA/2012-R din 6 decembrie 2012, în care Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în considerente a arătat că, *calitatea lucrărilor executate nu depinde de prețul materialelor, dar depinde de calitatea materialelor utilizate și de modul de punere în operă, iar modul de control al calității este clar stipulat în normativele în vigoare. Deși prețul bitumului este sub limita valorilor aflate pe piață, acest lucru reprezintă un risc contractual, care poate fi reglementat prin prevederile contractului de achiziție publică și ține de decizia celor două părți să și-l asume sau nu*.

Drept asigurare a bunei execuții a contractului, viitorul contractant este ținut să prezinte autorității o garanție de bună execuție (10% din prețul contractului, fără TVA), pe care cea din urmă o poate oricând executa, dacă apreciază că societatea contractantă nu își respectă obligațiile contractuale, inclusiv de executare a lucrărilor la prețurile și nivelul calitativ declarate.

În plus, art. 136 alin. (2) lit. g) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 prevede că o ofertă este considerată inacceptabilă dacă se constată că are un preț neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi executat, astfel încât *nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini*. În speță, după cum s-a evocat, nimic din cele susținute de contestatoare nu conduce la concluzia că „*nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini*”, măsura respingerii fiind bazată pe simple speculații ale autoarei ei.

Pe de altă parte, SC ..... SRL nu indică și nici nu prezintă Consiliului vreo dovadă asupra prețurilor materialelor care sunt practicate pe piața de profil, pentru a permite organului administrativ-jurisdicțional o eventuală comparație cu cele propuse de asocierea declarată câștigătoare. În lumina art. 15 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea avea obligaţia de a expune situaţia de fapt la care se referă pretenţiile sale în mod complet, fără a omite informaţiile care îi sunt cunoscute [text echivalent art. 14 alin. (3) C. proc. civ.]. Mai mult, reclamanta nici măcar nu identifică în oferta concurentă care ar fi numitele „prețuri ireale, de dumping”. Potrivit tabelului centralizator din raport, balastul și nisipul au prețuri mai mari în oferta câștigătoare (14,40 lei/mc și 34 lei/mc) decât cele din oferta contestatoarei (10 lei/mc și 30 lei/mc), iar diferența în privința pietrei sparte este de doar 1 leu/mc, date

care infirmă argumentul „prețurilor ireale, de dumping” la respectivele agregate minerale.

Astfel fiind, criticile contestatoarei vizând prețul ofertei declarate câștigătoare sunt găsite a fi nefondate de către Consiliu.

Referitor la obiecțiile privind starea de insolvență a SC ..... SRL, recunoscută unanim de părțile litigante, relevante sunt următoarele dispoziții din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

Art. 167. - (1) Autoritatea contractantă **exclude din procedura de atribuire** a contractului de achiziție publică/acordului-cadru **orice operator economic** care se află în oricare dintre următoarele situații:

[...]

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

[...]

(2) Prin **excepție** de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, **stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru**. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și **a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil**, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie **este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță**.

Art. 168. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, **orice document considerat edificator**, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă.

(2) În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența unei situații de excludere, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la alin. (1).

(3) În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul/candidatul nu se emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1) sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă are obligația de a accepta o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens.

Art. 169. - Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.

Art. 171. - (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire **poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere**.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind **suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire**.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul

prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1)-(3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Art. 223. - (1) Fără a aduce atingere dispozițiilor dreptului comun privind încetarea contractelor sau dreptului autorității contractante de a solicita constatarea nulității absolute a contractului de achiziție publică, în conformitate cu dispozițiile dreptului comun, autoritatea contractantă are dreptul de a denunța unilateral un contract de achiziție publică în perioada de valabilitate a acestuia în una dintre următoarele situații:

a) contractantul se afla, la momentul atribuirii contractului, în una dintre situațiile care ar fi determinat excluderea sa din procedura de atribuire potrivit art. 164-167;

În anunțul de participare și în fișa de date a achiziției, la pct. III.2.1.a) - *Situația personală a candidatului sau ofertantului*, autoritatea achizitoare a stabilit:

Ofertanții, terții susținatori și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016.

Modalitatea prin care poate fi demonstrata îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de catre operatorii economici participanți la procedura de atribuire (inclusiv eventualii terți și subcontractanți) cu informațiile aferente situației lor).

Documentele justificative care probeaza îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor.

Aceste documente pot fi:

- certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contributiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentarii;

- cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, a?a cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv;

- dupa caz, 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 98/2016 privind achizițiile publice;

- alte documente edificatoare, dupa caz.

În formularul DUAE al liderului SC ..... SRL, la rubrica „Insolvență”, acesta a menționat:

..... SRL se află în procedură generală de Insolvență - perioada de Observație și nu a fost depus încă Planul de reorganizare;

*In considerarea prevederilor art. 167 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 anexăm prezentului Formular:

1 .Extras portal instanta de judecata - informatii dosar 6664/121/2014;

2. Lista contractelor SC ..... SRL aflate in derulare la data de 01.03.....;

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

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

Ca anexe la formular, SC ..... SRL a depus:

- extras la 21.03..... de pe portalul just.ro privind dosarul Tribunalului ....., Secția a II-a civilă, nr. 6664/121/2014;

- o listă cu peste 15 contracte de lucrări aflate în derulare la 01.03.....;

- acordul de asociere cu SC ...SA nr. 38/17.03....., vizat de administratorul judiciar . ..... SPRL.

Aceste documente nu sunt suficiente pentru a recurge la aplicarea dispozițiilor imperative ale art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, nereieșind din cuprinsul lor că societatea debitoare a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, respectiv, după caz, că este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță. În dosarul nr. 6664/121/2014, societatea figurează cu peste *350* de creditori (potrivit poziției procesuale indicate pe portalul just.ro).

În urma adresei nr. 5138/30.06....., prin care comuna achizitoare a solicitat asocierii să transmită documente actualizate de demonstrare a îndeplinirii tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile din DUAE, asocierea a prezentat, între altele, adresa..... SPRL nr. 564/05.07....., în care se arată:

Împotriva tabelului preliminar de creanțe, au fost formulate o serie de contestații, iar pentru două dintre acestea, respectiv cea cu ... și cu ... s-a dispus administrarea probei cu expertiză.

În data de 08.06..... cele două contestații care mai rămăseseră de soluționat au fost soluționate.

Tabelul definitiv de creanțe. Tabelul definitiv de creanțe a fost publicat în data de 22.06..... în BPI nr. 12284.

Raportat la acest aspect, urmează ca termenul limită pentru depunerea planului de reorganizare să fie data de 21.07.....

Planul de reorganizare, ce va fi depus de către societatea debitoare prin administratorul special, este în procedura de verificare si finalizare, draftul acestuia fiind deja întocmit.

După depunerea planului de reorganizare, va fi convocată, printr-un anunț publicat în BPI, adunarea generală a creditorilor într-un interval de minim 20 de zile și maxim 30 de zile de la data publicării anunțului în vederea votării planului de reorganizare.

Ulterior votării planului de reorganizare de către creditori, la primul termen de judecată se va solicita judecătorului sindic confirmarea acestui plan, urmând ca după pronunțarea judecătorului sindic societatea să intre în procedura de reorganizare.

Consiliul determină că nici simpla adresă declarativă a . ..... SPRL nr. 564/05.07..... (nesusținută de documente suport) nu este suficientă pentru a aplica normele de excepție de la art. 167 alin. (2) din lege. La aceeași concluzie a ajuns și comuna achizitoare, care a revenit la asociere cu următoarea solicitare (nr. 5367/07.07.....):

Având in vedere ca SC ..... SRL se afla in insolventa (Act de procedura 158/22.04.2015, Dosar 6664/121/2014 aflat pe rolul Tribunalului .....), pentru demonstrarea aplicabilitatii prevederilor art. 167 alin (2) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, ati prezentat urmatoarele:

- Situatia financiara a contractelor de lucrări derulate de SC ..... SRL ..... - rest de executat la 01.07....., din care rezulta ca firma are in derulare 19 contracte in valoare totala de 339,482.059,04 lei, din care rest de executat 212.894.348,40 lei

- Adresa . ..... SPRL 564/05.07..... din care rezulta ca la data de 22.06..... a fost publicat un tabel definitiv de creanțe (BPI 12284), data care determina ca termenul limita pentru depunerea planului de reorganizare sa fie data de 21.07..... Abia dupa votarea acestuia de către creditori si pronunțarea judecătorului sindic in speța societatea va intra in procedura de reorganizare.

Din documentele prezentate **nu se poate concluziona ca au fost adoptate masurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, intr-o maniera sustenabila, a activitatii curente, confom prevederilor art. 167 alin (2)** din legea 98/2016 privind achizițiile publice.

Va solicitam sa clarificați acest aspect, prin prezentarea de documente de natura sa justifice încadrarea in prevederea legala mentionata.

Asocierea a răspuns, prin adresa nr. R6400/12.07....., după cum urmează:

- La data prezentei societatea dispune de un sold de 1.646.000,00 lei in conturi si casieria societatii.

- In evidenta contabila sunt înregistrate sume datorate către furnizori, in valoare de 1.068.974,51 lei, cu scadente de plata pana la data de 30.09.....

- De asemeni sunt înregistrate sume de incasat de la clienți, in valoare de 14.242.070,19 lei, cu termene de încasare de maxim 90 zile.

Consideram ca din aceasta analiza economica rezulta ca societatea isi poate continua activitatea curenta intr-un ritm care permite execuția integrala a contractului.

Anexam adresa . ..... SPRL, dovada convocării AGA si dovada comunicării planului către creditori.

Adresa . ..... SPRL anexată (nr. 591/12.07.....) are următorul cuprins:

Draftul planului de reorganizare al societății debitoare este, în acest moment, întocmit urmând a fi depus la dosarul cauzei în data de 21.07..... Acest document a fost pus până acum în discuția principalilor creditori participanți la procedură, drept dovadă a acestui fapt va transmitem comunicările efectuate pe mail către acești creditori.

Totodată, întrucât planul de reorganizare va fi depus din partea administratorului special al societății debitoare, conform art. 132 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2014, va transmitem atașat dovada convocării adunării generale a asociaților în vederea aprobării depunerii planului de reorganizare de către societatea debitoare. Adunarea asociaților a fost convocată pentru data de 19.07 și 20.07.

Având în vedere solicitarea dumneavoastră, considerăm că până în acest moment **acestea sunt informațiile maxime** pe care vi le putem pune la dispoziție. Considerăm ca art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, asumă ca și ipoteză implicită faptul ca dovada demersurilor concrete de reorganizare, întocmite în procedură să fie făcută în raport cu stadiul efectiv al procedurii. Potrivit art. 132 din Legea nr. 85/2014, termenul legal de propunere a unui plan de reorganizare este de 30 de zile de la data depunerii tabelului definitiv de creanțe. În cazul în care autorul planului de reorganizare ar fi nevoit să facă publică, în interiorul acestui termen legal, o variantă nefinalizată a planului de reorganizare, acest fapt ar face practic imposibilă revenirea și eventual modificarea acestei variante. Acest aspect ar avea ca și consecință indirectă scurtarea perioadei prevăzute de lege pentru autorul unui astfel de plan de a întocmi și propune un plan de reorganizare.

Mai mult decât atât, vă rugăm să aveți în vedere faptul că din punct de vedere legal (a se vedea în acest sens, dispozițiile art. 138 alin. (6) și art. 139 alin. (3) și (4) din Legea nr. 85/2014) pot fi propuse și aprobate de către autorii menționați de lege la art. 132 alin. (1) din Legea 85/2014, mai multe planuri de reorganizare, **urmând ca judecătorul să confirme doar unul singur dintre acestea**. In această situație (luată în discuție doar ca și ipoteză) veți observa faptul că ar fi imposibil să menționăm înainte de finalizarea perioadei legale de 30 de zile, toate aceste variante de reorganizare ale debitoarei.

Deși aceasta din urmă este o variantă ipotetică, în cazul ..... SRL, ceea ce am dorit să transmitem, prin cele de mai sus, este faptul că în opinia administratorului judiciar, dovada măsurilor concrete de restructurare trebuie făcută în corelație directă cu stadiul procedural. Ori, în acest moment, în raport cu stadiul procedural existent, draftul planului de reorganizare nu poate fi făcut public, câtă vreme el nu a fost depus la dosarul cauzei.

Conform informațiilor contabile existente la data prezentei adrese menționăm următoarele:

- Valoarea creanțelor curente (sume de încasat) aflate în sold sunt în cuantum de 14,2 mii. lei provenite din raporturi comerciale cu peste 60 de clienți.

- Valoarea garanțiilor de bună execuție aflate în conturi bancare este în cuantum de 13 mil. lei. Sunt peste 100 de conturi bancare de garanții de bună execuție ce urmează a fi deblocate in perioada următoare.

- Datoriile către furnizori neachitate de la data deschiderii procedurii sunt în cuantum de 1,1 mil. lei. Aceste datorii curente nu sunt scadente la momentul întocmirii situației financiare sau vor face scopul unor compensări cu creanțele reciproce pe care societatea le deține față de partenerii săi.

- Datoriile curente către furnizori sunt de 1,068 mil. lei, cu scadente de plata pana la data de 30.09.....

- Nu există datorii scadente către organele fiscale, ANAF. Datoriile anterioare și curente au fost achitate la zi, neexistând întârzieri la plata acestora.

- Disponibilitățile bănești aflate în contul unic de insolvență la data adresei sunt în cuantum de 1,7 mil. lei.

Raportând dotările tehnice, structura personalului specializat, faptul că nu exstă datorii curente și sursele de finanțare prezentate mai sus la valoarea contractului în cauză constatăm că lucrarea ofertată se încadrează în specificul și potențialul societății ..... S.R.L.

Anexăm prezentei:

- Dovada comunicării planului către creditori
- Dovada convocării AGA societății ..... SRL

În raportul procedurii de atribuire nr. 5786/24.07....., pag. 125, comisia de evaluare a constatat că răspunsul asocierii este

complet și concludent, împrejurare în care a hotărât să nu excludă de la procedură asocierea ofertantă.

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor s-a mai confruntat cu o situație similară celei din prezenta speță, tranșată prin decizia nr. 729/C1/669/05.04....., după cum urmează:

Din cuprinsul punctului de vedere al administratorului judiciar nr. 345/25.10.2016, Consiliul va reține următoarele:

- „societatea SC ..... SRL a intrat la cererea sa sub protecția Legii nr. 85/2014 în data de 10.11.2014 fiind deschisă procedura insolvenței în forma sa generală";

- „de la deschiderea procedurii până în acest moment, societatea ..... SRL s-a aflat în așa numita perioadă de observație";

- *„în stadiul actual al procedurii nu este încă întocmit un plan de reorganizare care să poată fi pus la dispoziția autorității contractante, proiectul acestuia fiind încă într-un stadiu incipient*".

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a declarat, în mod eronat drept admisibilă oferta asocierea SC ...SA – SC ..... SRL deoarece, din răspunsul său nr. nr. 16068/26.10.2016, nu rezultă că s-au adoptat măsurile necesare pentru a 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.

Consiliul nu va lua în considerare susținerile autorității contractante potrivit cărora *„numărul mare de contracte în desfășurare (...) indică capacitatea societății contractante de a executa prezentul contract*" și *„intrarea în insolvență nu a stopat activitatea acesteia*" deoarece existența unui număr mare de contracte în desfășurare nu conduce în mod automat la capacitatea societății de a executa prezentul contract de achiziție publică iar continuarea activității societății ulterior intrării în starea de insolvență nu reprezintă o dovadă a capacității acesteia de a executa prezentul contract de achiziție publică; în lipsa dovezilor că s-au adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, această decizie fiind adoptată pe baza unor simple prezumții.

În aceeași direcție se înscrie și decizia Consiliului nr. 860/C11/ 872/21.04..... (menținută prin decizia nr. 1324 din 13 iunie ..... a Curții de Apel ....., Secția de contencios administrativ și fiscal, dosar nr. 397/44/.....):

Prin prezenta contestație, ..... SRL susține că motivele invocate de către autoritatea contractantă în adoptarea deciziei de excludere nu sunt sustenabile și că are capacitatea de a executa contractul care face obiectul achiziției publice.

Consiliul reține că, în conformitate cu prevederea legală mai sus menționată, autoritatea contractantă are obligația și nu dreptul de a exclude un ofertant aflat în procedura insolvenței, cu excepția precizată la alin. (2) al aceleiași prevederi legale, respectiv "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".

În acest sens, Consiliul reține că este obligația contestatoarei, pentru a evita excluderea, de a prezenta documente din care să rezulte faptul că se află în situația de excepție, mai sus menționată, ca urmare, susținerile acesteia legate de nerespectarea de către autoritatea contractantă a obligației de a motiva și justifica temeinic decizia de excludere nu pot fi reținute, mai ales în condițiile în care ..... SRL nu a prezentat sau a prezentat strict documentele solicitate de către autoritatea contractantă prin adresa de

solicitare de clarificări nr. 13974/07.02....., în care s-a precizat temeiul legal al solicitării.

De asemenea, Consiliul reține că, în susținerile sale din adresa nr. 970/10.02..... de răspuns la solicitările de clarificări, precum și din contestația depusă sau în concluziile scrise, contestatoarea nu prezintă elemente concrete, cum ar fi măsurile întreprinse pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, din care să rezulte încadrarea în situația de excepție, limitându-se fie la prezentarea de detalii cu caracter general, fie la critici cu privire la motivația invocată de către autoritatea contractantă în adresa de comunicare a rezultatului; argumentele legate de eventuale greșeli de apreciere aparținând autorității contractante sau de experiența similară, dotarea tehnică și umană ale contestatoarei nu sunt de natură să înfrângă faptul că un operator economic aflat în procedura de insolvență trebuie să prezinte, sub sancțiunea excluderii, dovezi ferme că se încadrează în excepția prevăzută de lege, solicitarea suplimentară de clarificări, formulată de autoritatea contractantă, dovedind, în fapt, intenția acesteia de a verifica situația ..... SRL din acest punct de vedere.

Consiliul constată **că respingerea ofertei contestatoarei, ca inacceptabilă, de către autoritatea contractantă respectă prevederile legale în vigoare în materia achizițiilor publice**, nefiind încălcate principiile ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Situația se repetă și în decizia Consiliului nr. 1185/C2/1357/ 19.05..... (menținută prin decizia nr. 2035 din 10 august ..... a Curții de Apel ....., Secția de contencios administrativ și fiscal, dosar nr. 475/44/.....), din care citățm:

În speța de față, autoritatea contractantă nu poate fi obligată să atribuie un contract pe 36 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 49%.

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 36 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.

Față de cele constatate, singura soluție la îndemâna autorității contractante era cea de excludere din procedură, astfel că și contestația va fi respinsă ca nefondată.

Decizia Consiliului nr. 1456/C4/1686/15.06....., în sensul respingerii ofertei asocierii SC ...SA - SC ..... SRL - SC ... SRL, a fost depusă de contestatoarea SC ..... SRL la dosarul prezentei cauze (în copie).

Elocventă este și decizia Consiliului nr. 1576/C6/1865/ 27.06....., conform căreia:

Din evaluarea documentelor susmenționate, autoritatea contractantă a reținut că încă nu există un plan de reorganizare votat de adunarea creditorilor, și confirmat de judecătorul sindic, cifra de faceri a societății s-a diminuat considerabil în perioada de observație, de la 239,48 milioane lei în anul 2015, la 74,76 milioane lei în 2016, s-a diminuat numărul personalului, de asemenea societatea a înregistrat pierderi în anii

2015 și 2016, de pe portalul instanțelor s-a constatat că SC ..... SRL are în derulare în cadrul procedurii de insolvență dosare cu peste 300 de creditori, precum și faptul că deși termenul pentru depunerea planului de reorganizare era mai ....., acesta a fost depășit.

Consiliul determină, față de cele de mai sus, că este întemeiată concluzia autorității contractante potrivit căreia, din cele prezentate, *„nu se poate constata o îmbunătățire a activității*", precum și că se află în incertitudine capacitatea ofertantului de a executa contractul, nu sub aspectul capacității de producție exclusiv, ci sub cel al capacității decizionale a societății, cu atât mai mult cu cât, din datele existente, nu se poate formula concluzia certă a adoptării unui plan de reorganizare viabil.

Nefiind identificate aspecte care să formeze convingerea că sunt îndeplinite condițiile exceptării de la aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. 1 lit. b) din Lege, Consiliul va reține și acest al doilea motiv de respingere a ofertei, ca fiind unul întemeiat.

Susținerile contestatorului potrivit căroara au existat motive macroeconomice care au determinat declinul economic al societății nu vor fi reținute în soluționare, fiind subiective și nedemonstrate și lipsite de relevanță în cauză.

De asemenea, existența unui *„draft al planului de reorganizare al societății*", despre care se face vorbire în contestație, fără a se depune vreo dovadă în acest sens, prin urmare cu nerespectarea dispozițiilor art. 249 din Codul de procedură civilă, dar și cu un grad mare de incertitudine asupra existenței sau viabilității respectivului plan, nu poate fi luată în considerare, în soluționare.

Cu titlu de jurisprudență relevantă poate fi amintită și decizia Consiliului nr. 1638/C3/1910/03.07.....:

În speța de față, autoritatea contractantă nu poate fi obligată să atribuie un contract pe 27 luni asocierii ce cuprinde un operator economic 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 a 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 48%.

- Situația specială a procedurii insolvenței, nu îi asigură asocierii ofertante 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 asociatul SC ..... SRL ....., nu a demonstrat că le îndeplinește. Consiliul nu poate obliga autoritatea contractantă să încheie un contract pe 27 luni, cu o asociere ofertantă care nu a depus informații și documente în cadrul procedurii privind unul din asociații săi, care să permită o determinare clară a situației financiare și a măsurilor pe care le-a adoptat acesta în perioada de observație pentru a permite continuarea activității într-o manieră sustenabilă.

Față de cele constatate, singura soluție la îndemâna autorității contractante era cea de excludere din procedură, astfel încât contestația apare ca fiind nefondată.

Așadar, o parte dintre aceste decizii au fost atacate la curtea de apel competentă, iar plângerile au fost respinse. În hotărârea sa definitivă nr. 2035 din 10 august ..... (dosar nr. 475/44/.....), prin care a fost menținută ca legală și temeinică decizia Consiliului nr. 1185/C2/1357/19.05....., Curtea de Apel ..... a reținut:

Aşadar, *de lege lata* se permite participarea operatorului aflat în insolvenţă la procedura de achiziţie publică, cu condiţia dovedirii de către acesta a capacităţii de a executa contractul şi a adoptării măsurilor necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil.

In speţă, la data excluderii ofertei asocierii nu numai că nu era întocmit un plan de reorganizare, însă nu era întocmit nici tabelul definitiv de creanţe. Mai mult decât

atât, se constată şi existenţa unor discrepanţe între documentele comunicate pentru demonstrarea capacităţii SC ..... SRL de executare a contractului Astfel, administratorul judiciar a precizat că ..... dispune de 341 angajaţi, în vreme ce din centralizatorul cu numărul mediu de personal calificat al SC ..... SRL pe anul 2016 rezultă că acesta este de 584.

Nici cu ocazia soluţionării contestaţiei la CNSC reclamanta nu a adus argumente şi nu a prezentat probe in conformitate cu art. 167 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 pentru admiterea sa in procedură.

Abia în cursul soluţionării plângerii de faţă, reclamanta a făcut dovada întocmirii la data de 20.07..... a unui plan de reorganizare demers care, in opinia Curţii, nu echivalează cu respectarea exigenţei legale, de vreme ce un atare plan nu a primit încă aprobarea adunării creditorilor şi nici confirmarea judecătorului sindic, potrivit art. 139 din Legea nr 85/2014, neputându-se conchide în acest moment în sensul fezabilităţii sale.

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

Nu se confirmă nici criticile reclamantei privind netemeinicia deciziei contestate, câtă vreme Consiliul a analizat contestaţia în raport de dispoziţiile legale in vigoare şi nu de criterii neprevăzute de lege, precum gradul de îndatorare al asocierii.

Neîntemeiată se vădeşte a fi şi critica referitoare la nemotivarea deciziei CNSC, acesta analizând şi respingând argumentat criticile contestatoarei critici care, de altfel, au fost reiterate în cuprinsul plângem de faţă.

Faptul că unul dintre asociaţi este în procedură de insolvenţă a reclamat din partea AC verificarea îndeplinirii unor condiţii suplimentare, respectiv prezentarea unor documente şi informaţii care să permită o determinare clară a situaţiei financiaie şi a măsurilor adoptate în perioada de observaţie pentru a se putea concluziona cu privire la posibilitatea ofertantului de a continua activitatea într-o manieră sustenabilă.

In condiţiile neîndeplinirii în speţă a cerinţelor legale, **soluţia excluderii din procedura de achiziţie a ofertei asocierii reclamante este una legală**, astfel cum a concluzionat şi CNSC, urmând a menţine decizia acestuia, cu consecinţa imediată a respingerii plângerii de faţă ca nefondată, dând astfel eficienţă disp. art. 34 alin. (5) din Legea nr. 101/2016.

Aceeași Curte de Apel ....., în hotărârea definitivă nr. 1324 din 13 iunie ..... (dosar nr. 397/44/.....), antereferită, s-a exprimat inclusiv pe datele financiare ale companiei ..... SRL:

Conform normelor legale, de strictă interpretare, capacitatea de a executa contractul de achiziție publică presupune că operatorul economic se află în faza de observație și a adaptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite în continuare, de o manieră sustenabilă, a activității curente.

În speță, petenta SC ..... SRL se află în procedura de observație conform dispozițiile Legii 85/2014, la cererea sa din 10.1.2014, iar până în prezent nu a fost întocmit un plan de reorganizare fezabil, astfel încât această condiție expresă prevăzută de legiuitor nu este îndeplinită.

Critica petentei că intimata a analizat doar situația economică și financiară și nu capacitatea tehnică și profesională nu poate fi primită, avându-se în vedere următoarele:

Astfel, din tabelul preliminar de creanțe, rezultă că sunt creanțe admise de 337.986 lei; gradul de îndatorare al societății în 2015 era de 97%, iar în 2016 – 140%; valoarea activelor s-au diminuat de la an la an, în 2014 – valoarea activelor era de 251.271.381 lei, 2016 – valoarea activelor era de 142.434.295 lei; cifra de afaceri în 2015 s-a diminuat cu 125,68 milioane față de anul 2014, iar în doi ani ai perioadei de observație, cifra de afaceri s-a diminuat cu 290,4 milioane față de anul 2014; personalul

petentei s-a diminuat față de anul 2014, de la 1.662 de angajați în 2014, la 584 de angajați în 2016, numărul contractelor aflate în derulare s-a diminuat; în 2016 a fost o pierdere brută financiară de 15.361.716 lei, iar în 2015 o pierdere brută de 45.997.735 lei.

Față de acești indicatori care au fost avuți în vedere de intimată la analiza capacității petentei de a executa contractul de achiziție publică, rezultă în mod cert că activitatea curentă a petentei generează pierderi financiare substanțiale, iar în lipsa unui plan de reorganizare fezabil, care să permită continuarea activității curente, implică un grad mare de incertitudine asupra modului în care urmează a fi continuată procedura prevăzută de Legea 85/2014.

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

În cauza aflată acum pe rol, Consiliul se distanțează de opinia la care s-a oprit unitatea administrativ-teritorială ....., întrucât actele depuse de asocierea declarată câștigătoare nu au forța necesară pentru a convinge că sunt incidente normele de excepție de la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. SC ..... SRL nu a prezentat comunei, până la momentul întocmirii raportului procedurii de atribuire nr. 5786/24.07....., niciun plan de reorganizare a societății, cu atât mai puțin unul fezabil (cum pretinde legea), nicio hotărâre a adunării generale a creditorilor de aprobare a vreunui plan, nu a indicat măcar la cât se ridică datoriile pe care le înregistrează societatea față de cei 370 de creditori enumerați în anunțul publicat în buletinul procedurilor de insolvență nr. 14679 din 1 august ..... (în rândul cărora figurează și autorități/entități contractante) și cum se vor achita acestea.

Capacitatea unei companii aflată în insolvență de a executa contractul de achiziție publică nu se prezumă, ci trebuie dovedită cu mijloace de probă pertinente și concludente, dincolo de orice îndoială asupra veridicității, ceea ce nu există la dosarul achiziției publice și nici la dosarul cauzei. Nicio autoritate contractantă nu poate fi obligată să atribuie un contract societăților în insolvență, care înregistrează un risc maxim de a nu își îndeplini obligațiile contractuale din cauza dificultăților financiare în care se găsesc.

Dosarul nr. 6664/121/2014 încă se află în curs de judecată, pe rolul Tribunalului ....., Secția a II-a civilă, cu următorul termen 02.10..... Cu același termen este și dosarul nr. 6664/121/2014/ a44, având ca obiect „contestaţie tabel definitiv”, contestator SC ... SRL și intimată SC ..... SRL, dosar despre care intervenienta nu amintește nimic în cererea sa de intervenție.

Din informațiile furnizate de părți rezultă că, până în prezent, niciun judecător sindic nu a confirmat vreun plan de reorganizare a SC ..... SRL, în acord cu dispozițiile art. 139 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței şi de insolvenţă:

(1) Judecătorul-sindic fixează termenul pentru confirmarea planului în cel mult 15 zile de la depunerea la tribunal de către administratorul judiciar a procesului-verbal al adunării creditorilor prin care acesta a fost aprobat. Judecătorul-sindic poate să ceară

unui specialist să îşi exprime o opinie privind posibilitatea de realizare a planului, înainte de confirmarea lui. Planul este confirmat în următoarele condiţii:

A. în cazul în care sunt 5 categorii, planul se consideră acceptat dacă cel puţin 3 dintre categoriile de creanţe menţionate în programul de plăţi, dintre cele prevăzute la art. 138 alin. (3), acceptă planul cu condiţia ca minimum una dintre categoriile defavorizate să accepte planul şi ca cel puţin 30% din totalul valoric al masei credale să accepte planul;

B. în cazul în care sunt trei categorii, planul se consideră acceptat în cazul în care cel puţin două categorii votează planul, cu condiţia ca una dintre categoriile defavorizate să accepte planul şi ca cel puţin 30% din totalul valoric al masei credale să accepte planul;

C. în cazul în care sunt două sau patru categorii, planul se consideră acceptat în cazul în care dacă este votat de cel puţin jumătate din numărul de categorii, cu condiţia ca una dintre categoriile defavorizate să accepte planul şi ca cel puţin 30% din totalul valoric al masei credale să accepte planul;

D. fiecare categorie defavorizată de creanţe care a respins planul va fi supusă unui tratament corect şi echitabil prin plan;

E. vor fi considerate creanţe nedefavorizate şi vor fi considerate că au acceptat planul creanţele ce se vor achita integral în termen de 30 de zile de la confirmarea planului ori în conformitate cu contractele de credit sau de leasing din care rezultă;

F. planul respectă, din punct de vedere al legalităţii şi viabilităţii, prevederile art. 133.

Față de ansamblul argumentelor expuse în paginile de mai sus, se reține că evaluarea ofertei asocierii SC ..... SRL - SC ...SA nu a fost realizată în mod riguros, ceea ce a determinat nerespectarea dispozițiilor legale de către comisia evaluatorie și nelegalitatea respingerii ofertei, căreia nu îi era incidentă excepția stabilită la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, nefiind depus nici la comuna achizitoare și nici la Consiliu un plan de reorganizare, plan care să fie dovedit drept fezabil, care să permită continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente a SC ..... SRL. În consecință și în limita criticilor găsite a fi întemeiate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., va anula raportului procedurii nr. 5786/24.07..... și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC ..... SRL - SC ...SA și la emiterea unui nou raport, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, potrivit considerentelor prezentei.

În baza aceluiași temei legal, Consiliul va anula și adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului către contestatoare și asociere, subsecvente și dependente de raportul antemenționat, și va obliga autoritatea să le comunice noul rezultat după reevaluare, conform Legii nr. 98/2016 și normelor de aplicare.

Relativ la cererea de intervenție aparținând SC ..... SRL, Consiliul ia act că această societate are calitatea de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii de atribuire (în asociere cu SC ...SA), are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în termenul legal de 10 zile de la postarea în SEAP a contestației

SC ..... SRL în cadrul anunțului de participare nr. ...../....., motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Societatea nu își declară expres cererea ca fiind una de intervenție în interes propriu (principală) sau în interesul autorității contractante (accesorie), însă din parcurgerea cuprinsului ei se vădește că este de sprijinire a poziției și apărării autorității contractante, fără nicio pretenție proprie cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională. În virtutea rolului său activ, Consiliul apreciază că cererea de intervenție este voluntară accesorie în favoarea autorității contractante și o va trata ca atare.

Faţă de cele reținute cu prilejul examinării contestației, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție aparținând SC ..... SRL.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
**CONSILIUL DECIDE:**

Admite contestația SC ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu ....., și anulează raportul procedurii de atribuire nr. 5786/24.07....., precum și adresele autorității contractante de comunicare către contestatoare și asocierea SC ..... SRL - SC ...SA a rezultatului procedurii. Obligă autoritatea la reevaluarea ofertei acestei asocieri și la emiterea unui nou raport, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăsprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și întocmirea noului raport, autoritatea va comunica societății contestatoare și asocierii menționate rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor publice.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. R7287/07.08....., depusă de SC ..... SRL, și o respinge ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

| **PREȘEDINTE,** | **MEMBRU,** | **MEMBRU,** |
|---|---|---|
| **.....** | **.....** | **.....** |

Redactată în cinci exemplare, conține douăzeci și două de pagini.