CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr...../...../.....
Data: .....

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de asocierea ..... SA – ..... SRL – ..... SRL, prin liderul ..... SA, cu sediul în ....., str. ....., judeţul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată de ..... – Director General, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. ...../11.04....., emisă de către .... (.....), cu sediul în ....., b-dul ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Elaborare servicii de proiectare la faza: proiect tehnic, detalii de execuție, caiete de sarcini, documentație tehnică autorizație de construire, documentație pentru avize și acorduri (P.T. + D.E. + C.S. + D.T.A.C. +D.A.A.), servicii de asistență tehnică din partea proiectantului și execuție de lucrări pentru «Reabilitarea și reconstrucția obiectivelor de infrastructură rutieră din zona localităților Paltin-Doaga-Valea Sării - reparare pod pe DJ 205D, km 3+475, Valea Sării – lucrări de consolidare și reabilitare»”, cod CPV 45221119-9 – Lucrări de construcții de renovări de poduri (Rev.2), s-a solicitat anularea integrală a comunicării nr. ...../11.04..... şi a tuturor actelor subsecvente, cu consecinţa reevaluării documentelor depuse de asociere în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii.

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

Consiliul a fost sesizat să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul ..... SA reclamă rezultatul procedurii de atribuire potrivit căruia oferta sa a fost respinsă de către autoritatea contractantă în temeiul art. 167 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Se arată că motivele respingerii ofertei contestatoarei privesc gradul de îndatorare al asociatului SC ……. SRL care este de 246,56%, acesta trebuind să se situeze în condiții normale de activitate în jur de 50%-60%, procentul de 49%, reprezentând contribuția financiară/tehnică profesională la îndeplinirea contractului de achiziție publică pe care asociatul și-l asumă prin acordul de asociere, lipsa dovedirii adoptării unor măsuri necesare pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil, precum și faptul că asociatul nu a prezentat informații sau documente, astfel încât să dovedească că are capacitatea de a executa contractul de achiziție.

Contestatoarea precizează că motivul de excludere din procedura de atribuire referitor la *gradul de îndatorare al asociatului …….*, enunțat de către autoritatea contractantă în cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii este neîntemeiat, întrucât gradul de îndatorare este calculat eronat.

Mai mult, autoarea contestației menționează că nu cunoaşte modul de calculație și documentele din care reiese acest calcul, solicitând în acest sens autorității să prezinte analiza din care să rezulte calculația gradului de îndatorare a asociatului ……., conform formulei standard de analiză financiară: GI=Datorii Totale/Active Totale, precum și analizele efectuate pentru toate societăţile câştigătoare a licitaţiilor de lucrări de construcţii din ultimii 2 ani.

Se reține că intervalul de referinţă de 50%-60% privind gradul de îndatorare, la care face referire autoritatea contractantă nu este reglementat în legislația achizițiilor publice, acesta nu este relevant pentru o societate aflată în procedura de insolvență, deoarece datoriile totale nu sunt scadente integral, acesta fiind eșalonate printr-un Plan de reorganizare pe o perioadă de 3-4 ani sau mai lungă; de asemenea, o parte din datorii pot fi reduse sau eliminate complet în urma aprobării Planului de reorganizare, valoarea activelor nu este dată de valoarea lor contabilă, în procedura de insolvență acestea fiind evaluate de către un evaluator independent, precum și faptul că prin Programul de plăți inclus în Planul de reorganizare, nu se vor efectua distribuiri integrale către creditorii chirografari (furnizori).

Totodată, contestatoarea observă că în comunicarea rezultatului procedurii autoritatea contractantă face trimitere la procedntul de 49% al asociatului …… SRL, fără să arate ce consecință va avea acest procent asupra derulării contractului de achiziție, mai ales în contextul unei asocieri, al cărui lider și-a asumat prin semnarea acordului de asociere, îndeplinirea tuturor condițiilor, inclusiv cele financiare, necesare implementării și finalizării la termen a contractului.

În ceea ce privește lipsa adoptării unor măsuri necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, precum și faptul că asociatul ....SRL nu a prezentat informații și/sau documente din care să rezulte că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică, societatea contestatoare învederează că autoritatea contractantă s-a pronunțat asupra admisibilității ofertei asocierii din acest punct de vedere, încă din data de 28.10.2016, în actul atacat de asociere prin prezenta contestație nefăcându-se nicio referire suplimentară la vreun motiv justificativ, apărut ulterior declarării ofertei admisibile, care să justifice excluderea asocierii.

În consecință, autoarea contestației susține că din punct de vedere procedural situaţia asociatului ....SRL nu s-a schimbat, astfel că nu poate fi justificată revenirea autorităţii contractante asupra deciziei sale emise anterior, prin care a considerat că insolvenţa asociatului nu este de natură să conducă la excluderea asocierii din procedură.

Prin adresa nr. ……/04.05....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……../04.05..... autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere pe fondul contestației precizând că în urma Deciziei CNSC nr. 4/...../..... din 04.01....., comisia de evaluare a solicitat asocierii contestatoare clarificări, respectiv prin adresele nr. ……../13.01..... şi nr. ……/01.02....., în urma răspunsurilor transmise propunerea financiară a acesteia fiind declarată conformă şi admisibilă, clasându-se în clasamentul intermediar după aplicarea criteriului de atribuire cel mai bun raport calitate preţ, pe primul loc.

Ulterior, comisia de evaluare a solicitat asocierii, în temeiul dispoziţiilor art. 132 alin. (2) din HG nr. 395/2016 coroborate cu dispoziţiile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, transmiterea documentelor justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE.

Autoritatea contractantă susține că în urma analizării răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a decis excluderea asocierii de la procedura de atribuire, aplicabile în speţă fiind dispoziţiile art. 167 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 98/2016.

În acest context, autoritatea contractantă apreciază prezenta contestație drept neîntemeiată, solicitând respingerea acesteia, având în vedere că societatea contestatoare nu a făcut dovada că a întreprins măsurile necesare întocmirii unui plan de reorganizare fezabil, din care să rezulte încadrarea în situația de excepție, respectiv starea de insolvență.

Se menționează că autoritatea contractantă a decis că nu este aplicabilă excepția prevăzută de art. 167, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, observând din analiza răspunsurilor la clarificări faptul că asociatul …….. nu se află nici în faza de observație, nici în faza de

reorganizare judiciară, potrivit adresei nr. ……../08.02..... emisă de administratorul judiciar.

De asemenea, autoritatea contractantă motivează faptul că decizia sa este fundamentată pe argumente care ţin de evoluţia societăţii insolvente pe durata de la deschiderea procedurii generale a insolvenţei la data transmiterii ultimelor răspunsuri la solicitările de clarificări, factorii avuţi în vedere în luarea deciziei vizând scăderea cifrei de afaceri, cuantumul pierderilor înregistrate, valoarea creanţelor acumulate, informaţii care rezultă din aceeaşi adresă a administratorului judiciar CITR nr. 109/08.02.....

Referitor la modul de calcul al gradului de îndatorare, autoritatea contractantă arată că acesta a fost stabilit aplicând formula standard utilizând informaţiile din balanţa de verificare la data de 30.11.2016.

Astfel, din analiza balanţei contabile reiese că asociatul SC …… SRL ..... are un grad foarte mare de îndatorare evidenţiind limita până la care societatea își finanțează activitatea din alte surse decât cele proprii (credite de la instituţiile financiare, datorii fiscale sau comerciale, furnizori neachitaţi etc.).

Se reține că indicatorul, calculat potrivit art. 37 din Legea nr. 227/2015 privind Codul Fiscal este inversul solvabilitatii patrimoniale, suma rezultatelor celor doi indicatori trebuind să fie 100%, în condiţii normale de activitate gradul de îndatoare trebuind să se situeze în jur de 50% - 60%, o limită sub 30% indicând o rezervă în apelarea la credite și imprumuturi iar peste 80% o dependență de credite, situație alarmantă; formula de calcul: GI = (DT / AT) x 100 DT = datorii totale AT = activ total), 200.193.800/81.192.700 X 100=246,56% (faţă de 50% - 60% cât poate fi admis).

Totodată, autoritatea contractantă argumentează că analiza activităţii societăţii insolvente prin prisma încadrării în excepţia prevăzută de art. 167 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 98/2016 a condus şi la calculul gradului de îndatorare, indice care, în contextul dat de celelalte informaţii financiare, dă un reper clar asupra ineficienţei măsurilor concrete întreprinse în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil.

Prin urmare, contrar susţinerilor contestatoarei, în mod corect comisia de evaluare a reţinut incidenţa art. 167 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că legea nu face distincţie cu privire la motivele de excludere în funcţie de procentul de realizare a activităţilor contractuale potrivit acordului de asociere.

De asemenea, se arată că invocarea de către contestatoare a unor argumente legate de experiența similară, dotarea tehnică și umană nu este de natură a forma autorității contractnte convingerea că operatorul economic a luat măsuri ferme în ceea ce privește excepția prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Dosarul achiziției publice conținând documentele necesare soluționării a fost înregistrat la Consiliu sub nr. …../08.05.....

Prin adresa nr. ……/15.05....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……./15.05....., asocierea ..... SA – …… SRL – ….. SRL, prin liderul ..... SA, a răspuns punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă, aducând contraargumente la cele susținute de aceasta cu privire la calculația gradului de îndatorare.

Analizând susţinerile părţilor şi documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

……, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Elaborare servicii de proiectare la faza: proiect tehnic, detalii de execuție, caiete de sarcini, documentație tehnică autorizație de construire, documentație pentru avize și acorduri (P.T. + D.E. + C.S. + D.T.A.C. +D.A.A.), servicii de asistență tehnică din partea proiectantului și execuție de lucrări pentru «Reabilitarea și reconstrucția obiectivelor de infrastructură rutieră din zona localităților Paltin-Doaga-Valea Sării - reparare pod pe DJ 205D, km 3+475, Valea Sării – lucrări de consolidare și reabilitare»”, cod CPV 45221119-9 – Lucrări de construcții de renovări de poduri (Rev.2). În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../....., potrivit căruia valoarea estimată, fără TVA, este de 4.130.187 lei, criteriul de atribuire ales fiind „cel mai bun raport calitate- preț”.

De menționat este faptul că în cadrul prezentei proceduri, a mai fost emisă decizia nr. 4/...../...../04.01....., urmare a depunerii contestației asocierii ..... SA – ……. SRL – …….. SRL, decizie prin care s-a admis respectiva contestație, s-a anulat procesul–verbal de evaluare nr. 4 în partea ce privește oferta asocierii contestatoare și comunicarea privind rezultatul procedurii transmisă acesteia. S-a obligat autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei şi la stabilirea rezultatului procedurii cu respectarea celor indicate în motivare.

Urmare deciziei Consiliului, autoritatea contractantă a comunicat noul rezultat al procedurii de atribuire, oferta asocierii ..... SA – …….. – …… SRL (denumită în continuare ..... SA) fiind exclusă din procedură în temeiul art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care aceasta a depus prezenta contestație.

În justificarea deciziei de excludere din procedură, autoritatea contractantă a invocat următoarele considerente (aduse la cunoștința ofertantului prin adresa nr. ……/11.04.....):

- gradul ridicat de îndatorare al asociatului ....care este de 246,56%, iar în condiții normale de activitate acesta trebuie să se situeze în jur de 50%-60%,

- procentul de 49% reprezentând contribuția financiară / tehnică / profesională la îndeplinirea contractului de achiziție publică pe care asociatul și-l asumă prin acordul de asociere;
- lipsa dovedirii adoptării unor măsuri necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil;
- asociatul nu a prezentat informații și/sau documente, astfel încât să dovedească că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică.

Referitor la încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 65 din HG nr. 395/2016, reclamată de către ..... SA, Consiliul are în vedere că la faza de evaluare DUAE, prin adresa nr. …../24.10.2016, s-a solicitat asocierii transmiterea DUAE revizuit din care să rezulte, în mod detaliat faza procedurii de insolvență a asociatului ....SRL, măsurile concrete adoptate pentru a întocmi un plan de organizare fezabil și informații din care să rezulte că are capacitatea tehnică și profesională pentru a duce la bun sfârșit contractele în derulare și de a se angaja în executarea contractului care face obiectul procedurii de atribuire. Totodată, s-a solicitat transmiterea avizului administratorului judiciar cu privire la participarea societății în insolvență la prezenta procedură de atribuire

Așadar, în această etapă procedurală, respectiv cea a analizei DUAE, comisia de evaluare nu a solicitat spre analiză documente doveditoare, ofertantul fiind declarat admis ca urmare a finalizării analizei DUAE. De asemenea, s-a comunicat prin intermediul aceleiași adrese nr. …../28.10.2016, finalizarea evaluării propunerii tehnice, oferta fiind declarată conformă și trecerea la etapa următoare de veroficare, respectiv analizarea propunerii financiare. În etapa analizării propunerii financiare au fost solicitate o serie de clarificări, în această etapă intervenind și decizia Consiliului amintită mai sus.

Ulterior, având în vedere clasarea asocierii pe primul loc în clasamentul intermediar, în condițiile art. 132 alin. (2) din HG nr. 395/2016, au fost solicitate documente doveditoare pentru susținerea informațiilor declarate la nivelul DUAE.

Cele de mai sus conduc la concluzia că nu se poate vorbi despre o încălcare a prevederilor art. 65 din HG nr. 395/2016, Consiliul neputând reține nelegalitatea deciziei comunicată prin intermediul adresei nr. …../11.04..... raportat la aceste aspecte.

În ceea ce privește motivele de respingere, mai sus evocate, reținute în sarcina ofertei asocierii ..... SA – ....SRL – ...., Consiliul stabilește că în discuție este situația asociatului ....SRL, aflat în procedură de insolvență.

Consiliul reține că, la secțiunea III.2.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului* din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat:

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

Modalitati de indeplinire si aplicabilitatea in cadrul procedurii:
Operatorii economici (lider / asociat / ofertant / subcontractant / tert sustinator) vor completa si prezenta DUAE cu informatiile aferente situatiilor lor in baza art. 193 alin. 1 din Legea 98/2016.
Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAE vor fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, de catre operatorul economic clasat pe locul I dupa aplicarea criteriului de atribuire. Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAE pot fi:
a)- cazierul judiciar al operatorului economic/tertului sustinator/subcontractantului respectiv al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivilor sau a celor ce au putere de reprezentare, decizie sau de control in cadrul acestora asa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv emis de catre IPJ. Pentru persoanele juridice straine se accepta documente echivalente
b)- documente prin care se demonstreaza faptul ca operatorul economic poate beneficia de derogarile prevazute la art 166 alin (2), art 167 alin (2), art 171 din Legea nr 98/2016 privind achizitiile publice
c)- Certificatul de atestare fiscala (datorii la bugetul consolidat general) si Certificatul de taxe si impozite locale (datorii la bugetele locale) sau documente echivalente din care sa reiasa ca ofertantul/tertul sustinator/subcontractantul nu au datorii restante la momentul prezentarii lor.
d) alte documente edificatoare, dupa caz.
Autoritatea contractanta accepta ca fiind suficient si relevant pentru demonstrarea faptului ca ofertantul/tertul sustinator/subcontractantul nu se încadreaza în una dintre situatiile prevazute la art. 164, 165 si 167, orice document considerat edificator din acest punct de vedere, în tara de origine sau în tara în care ofertantul/tertul sustinator/subcontractantul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autoritati componente din tara respectiva. (...)

Relativ la motivele de respingere, se observă că a fost solicitată prin intermediul adresei nr. ……/06.02....., depunerea, pentru asociatul ....SRL, de documente actualizate din care să rezulte în mod detaliat faza procedurii de insolvență în care se află în prezent, confom prevederilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, dacă asociatul ....SRL se află în faza de observație, conform declarației din documentul DUAE, va transmite documente din care să rezulte că au fost adoptate măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, iar dacă asociatul ....SRL este în faza de reorganizare judiciară, va transmite documente din care să rezulte că respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță. De asemenea, s-a solicitat depunerea de documente actualizate din care să rezulte că asociatul ....SRL are capacitate tehnică și profesională pentru a duce la bun sfârșit contractele în derulare în prezent și de a se angaja în executarea contractului ce face obiectul procedurii de atribuire.

Urmare a solicitării autorității contractante mai sus amintite se constată că a fost depusă, în susținerea informațiilor privind faza procedurii de insolvență, adresa nr. …../08.02..... emisă de administratorul judiciar ……. ..... SPRL (fosta ....). Totodată, au fost transmise centralizatoare cu numărul mediu de personal calificat al ....pe anul 2015 și 2016 și o listă cu mijloacele fixe la data 12.01.2016.

Din cuprinsul punctului de vedere al administratorului judiciar exprimat în cadrul adresei nr. ……./08.02....., Consiliul reține următoarele:

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

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

În cazul de faţa, având în vedere faptul că termenul de 12 luni de la data deschiderii procedurii s-a împlinit în data de 10.11.2015, judecătorul-sindic a soluţionat, prin Sentinţa civilă nr. 888 din 15.122015 pronunţată în dosarul 6664/121/2014/36, o parte din contestaţiile împotriva tabelului preliminar şi a dispus prin aceeaşi sentinţă înscrierea provizorie a anumite creanţe, astfel încât, **prin această soluţie a creat premisele procedurale pentru depunerea de către administratorul judiciar a tabelului definitiv de creanţe**.

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

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

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

(...)

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

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

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

Consiliul nu va reține ca relevantă, la acest moment, calculația gradului de îndatorare indicată de către autoritatea contractantă în justificarea deciziei de respingere, fiind un calcul provizoriu în baza unei balanțe întocmite la 31 noiembrie 2016. Conform celor declarate de societatea contestatoare, datoriile totale nu sunt scadente integral, existând datorii anterioare deschiderii procedurii de insolvență, ce vor fi eșalonate printr-un plan de reorganizare.

De altfel, Consiliul nu va reține nici valorile furnizate de societatea contestatoare urmare a raportului de evaluare nr. ……./ 10.09.2015 întocmit de un evaluator independent, întrucât obiectul acestui raport îl constituie evaluarea activelor din patrimoniul ....la data de referință 10.11.2014. Or, conform celor precizate chiar de administratorul judiciar în adresa nr. ……../08.02....., urmează să se furnizeze o actualizare a evaluării anumitor active din patrimoniul societății.

În continuare, în analiza efectuată, Consiliul se va raporta la următoarele norme juridice:

- art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016: *„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*";

- art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *„**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 <u>fezabil</u>, 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".*

Într-adevăr, potrivit art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 *debitorul aflat în procedura insolvenţei nu poate fi împiedicat să participe la licitaţii publice pentru motivul deschiderii procedurii,* însă, în același timp, pentru a nu fi exclus din procedură, respectiv de a beneficia de excepția prevăzută la art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, acesta trebuie să facă dovada că are capacitatea de a executa contractul sectorial/acordul-cadru, ţinând cont de măsurile adoptate de respectivul

operator privind continuarea activităţii*. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente (...).*

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

Mai mult, Consiliul constată o discrepanță între cele declarate de administratorul judiciar, vizavi de numărul de angajați de care dispune societatea ....SRL, acesta indicând un număr de 341 angajați și cel declarat în centralizatorul cu numărul mediu de personal calificat al ....pe 2016, de 584.

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

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

De altfel, după cum se poate observa de pe portalul Tribunalului ....., pentru dosarul nr. ……/……., având ca obiect contestație la tabelul preliminar al creanțelor, termenul de judecată este 24.05.....

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

Dispozițiile art. 112 din același act normativ dispun că *După ce toate contestaţiile la creanţe au fost soluţionate şi s-a predat raportul de evaluare a garanţiilor, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va înregistra, de îndată, la tribunal şi va publica în BPI tabelul definitiv al tuturor creanţelor împotriva averii debitorului, arătând suma, prioritatea şi situaţia fiecărei creanţe, beneficiară sau nu a unei cauze de preferinţă. (2) După înregistrarea tabelului definitiv, numai titularii creanţelor înregistrate în tabelul definitiv pot să participe la votul asupra planului*

de reorganizare sau la orice repartiţii de sume în caz de faliment în procedura simplificată. (3) Durata maximă a perioadei de observaţie este de 12 luni, calculate de la data deschiderii procedurii. Pentru respectarea acestui termen judecătorul-sindic va putea aplica dispoziţiile art. 113 alin. (4) în mod corespunzător.

Se reține că potrivit art. 132 din Legea nr. 85/2014 *Următoarele categorii de persoane vor putea propune un plan de reorganizare: a) debitorul, cu aprobarea adunării generale a acţionarilor/asociaţilor, în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanţe, cu condiţia formulării intenţiei de reorganizare potrivit art. 67 alin. (1) lit. g), dacă procedura a fost declanşată de acesta, şi în termenul prevăzut de art. 74, în cazul în care procedura a fost deschisă ca urmare a cererii unuia sau mai multor creditori; b) administratorul judiciar, de la data desemnării sale şi până la îndeplinirea unui termen de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanţe; c) unul sau mai mulţi creditori, deţinând împreună cel puţin 20% din valoarea totală a creanţelor cuprinse în tabelul definitiv de creanţe, în termen de 30 de zile de la publicarea acestuia; administratorul judiciar este obligat să pună la dispoziţia acestora informaţiile existente şi necesare pentru redactarea planului. În acest sens, debitorul, prin administrator special, sau administratorul judiciar, în măsura în care acesta din urmă le deţine, dacă dreptul de administrare i-a fost ridicat debitorului, au obligaţia ca, în termen de maximum 10 zile de la primirea solicitării, să pună la dispoziţia creditorului actele şi informaţiile prevăzute de art. 67 alin. (1) lit. a), b) şi e), actualizate corespunzător depunerii tabelului definitiv de creanţe. Se va pune la dispoziţia creditorului şi lista tuturor creanţelor născute în timpul procedurii, precum şi orice alte documente solicitate, care sunt utile pentru redactarea unui plan de reorganizare. (2) La cererea oricărei părţi interesate sau a administratorului judiciar, judecătorul-sindic poate prelungi cu maximum 30 de zile, pentru motive temeinice, termenele de depunere a planului prevăzute la alin. (1). (3) Planul va putea să prevadă fie restructurarea şi continuarea activităţii debitorului, fie lichidarea unor bunuri din averea acestuia, fie o combinaţie a celor două variante de reorganizare. (4) Nu poate propune un plan de reorganizare debitorul care, într-un interval de 5 ani anterior formulării cererilor introductive, a mai fost subiect al procedurii instituite în baza prezentei legi şi nici debitorul care, el însuşi, administratorii, directorii şi/sau acţionarii/asociaţii/asociaţii comanditari ai acestuia care deţin controlul asupra sa, au fost condamnaţi definitiv pentru săvârşirea unei infracţiuni intenţionate contra patrimoniului, de corupţie şi de serviciu, de fals, precum şi pentru infracţiunile prevăzute de Legea nr. 22/1969, cu modificările ulterioare, Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, Legea contabilităţii nr. 82/1991, republicată, cu modificările şi completările ulterioare, Legea concurenţei nr. 21/1996, republicată, Legea nr. 78/2000, cu modificările şi*

completările ulterioare, Legea nr. 656/2002, republicată, cu modificările ulterioare, Legea nr. 571/2003, cu modificările şi completările ulterioare, Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea şi combaterea evaziunii fiscale, cu modificările şi completările ulterioare, şi infracţiunile prevăzute de prezenta lege, în ultimii 5 ani anterior deschiderii procedurii. (5) Nerespectarea termenelor prevăzute la alin. (1) conduce la decăderea părţilor respective din dreptul de a depune un plan de reorganizare şi, ca urmare, la trecerea, din dispoziţia judecătorului-sindic, la faliment.

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

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a

Contestaţiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, Consiliul respinge ca nefondată contestaţia formulată de asocierea ..... SA – ....SRL – ...., prin liderul ..... SA, în contradictoriu cu …….. ..... (…….), în calitate de autoritate contractantă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

…… **……** **……..**