



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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2481/C11/2687

Data: 20.10.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 52381/26.09.2023, formulată de SA, cu sediul în municipiul, ..., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., reprezentată legal prin Director general – și convențional prin, cu sediul în municipiul, adresă la care solicită comunicarea actelor de procedură, în calitate de lider al asocierii SA – SA – SA, împotriva raportului procedurii nr. ... – lotul 2, emis în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „INV - 2/2023 Execuția lucrărilor pentru obiectivele de investiții aflate în administrarea, din cadrul, pentru obiectivele de investiții: 4 Loturi”, cod CPV 45232120-8 (Rev. 2), organizată de autoritatea contractantă, cu sediul în municipiul, ..., ..., s-au solicitat următoarele:

- anularea deciziei de excludere a ofertei asocierii conform art. 167 alin. 1 lit. b) din Legea nr. 98/2016;

- anularea, în integralitate, a Raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia;

- reevaluarea ofertelor:

- (i) fie reținând caracterul conform și admisibil al ofertei asocierii din perspectiva condițiilor impuse de prima ipoteză din cea de a doua teză a art. 167 alin. (2) din Legea 98/2016, respectiv condiția ca: „operator economic (asociatul) 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.”

- (ii) fie obligarea autorității contractante la clarificarea, prin solicitarea de clarificări, a îndeplinirii aceleiași condiții impuse de prima

ipoteză din cea de a doua teză a art. 167 alin. (2) din Legea 98/2016, respectiv condiția ca: „operator economic (asociatul) 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.”

- întocmirea unui nou raport al procedurii în urma reevaluării potrivit celor de mai sus.

În prezenta cauză a fost depusă de SRL, cu sediul în municipiul, județul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal prin – administrator și convențional, cu sediul în municipiul, acesta fiind și sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor procedurale, lider al asocierii SRL – SRL, ofertant poziționat pe locul 1 în clasament, a depus cererea de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante nr. /, înregistrată la Consiliu cu nr. /, solicitând, pe cale de excepție, respingerea ca inadmisibil a capătului de cerere principal formulat în contestație și, pe fond, respingerea contestației, ca neîntemeiată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

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 SA solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În cadrul contestației, ... SA a descris, pe scurt, modul de desfășurare a procedurii de atribuire, menționând că a depus ofertă în asociere, din acordul de asociere rezultând că membrului asocierii SA, îi revine o cotă de participare de În legătură cu acest operator economic, în cadrul DUAЕ, a menționat că se află în insolvență, în perioada de observație, cu păstrarea dreptului de administrare.

Contestatoarea susține că a arătat că sunt prezervate/securizate toate condițiile legale pentru întocmirea și depunerea planului, că planul de reorganizare încă nu poate fi depus întrucât nu a fost definitivat tabelul de creanțe și nu a fost definitivat raportul de evaluare a bunurilor din patrimoniu, precum și că a implementat măsuri operaționale pentru derularea activității curente, executându-și toate contractele aflate în derulare.

Contestatoarea susține că, anterior, în urmă cu câteva luni, aceeași autoritate contractantă a considerat admisibilă o ofertă a asocierii din care a făcut parte și, însă, în prezenta procedură de atribuire, în

etapa de verificare a documentelor, comisia de evaluare, prin adresa nr., a solicitat clarificări privind capacitatea asociatului SA, aflat în insolvență, de a executa contractul de achiziție publică, respectiv să prezinte un plan de reorganizare fezabil și documente privind plata penalităților și a dosarelor pe rol.

Contestatoarea susține că solicitarea Autorității de a i se prezenta un plan de reorganizare, în condițiile în care, prin DUAЕ, a arătat că, față de stadiul procedurii de insolvență, încă nu s-a ajuns la momentul propunerii planului, demonstrează, încă de la acel moment, intenția nelegală a autorității contractante de a o lipsi de dreptul de a participa la procedură, această solicitare fiind una pur formală.

..... SA susține că a răspuns solicitării autorității contractante, arătând, pe de o parte, că, potrivit art. 132 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2014, planul se depune în termen de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanțe și predării raportului de evaluare a garanțiilor, iar, pe de altă parte, că procedura insolvenței nu a ajuns la momentul depunerii planului întrucât nu au fost soluționate toate contestațiile împotriva tabelului preliminar al creanțelor asupra averii debitoarei, existând pe rolul instanței un număr de 9 contestații, nesoluționate în primă instanță, iar alte dosare sunt în faza apelului și că raportul de evaluare a bunurilor aflate în patrimoniul debitoarei este în curs de finalizare urmând a fi întocmit de societatea de evaluare care a fost desemnată de comitetul creditorilor la data de

Suplimentar, susține contestatoarea, a prezentat informații relevante cu privire la adoptarea măsurilor necesare pentru adoptarea unui plan fezabil ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, în acord cu prima situație prevăzută în teza finală a art. 167 alin. (2) din Legea 98/2016, arătând că sunt securizate premisele legale pentru întocmirea planului și că are capacitate deplină de a executa contractul care face obiectul procedurii de atribuire, în condițiile în care, printre altele: dispune de resurse tehnice și de personal; a continuat toate cele peste de contracte aflate în derulare la data deschiderii procedurii, fără a denunța vreun contract; a implementat măsuri operaționale pentru îmbunătățirea fluxului de numerar; dispune de susținerea grupului din care face parte, sens în care a încheiat un contract de împrumut cu pentru suma de Lei, iar și-a declarat susținerea față de obligațiile, pentru care pregătește un împrumut de

Contestatoarea menționează că, în urma evaluării ofertelor primite și a răspunsului la clarificările solicitate, autoritatea contractantă i-a comunicat la data de, raportul procedurii, prin care a declarat admisibilă și câștigătoare oferta Asocierii , iar contestatoarea a fost exclusă conform art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă reținând că în răspunsul transmis, contestatoarea nu a prezentat planul de reorganizare și graficul de implementare a planului de reorganizare, astfel că s-a decis excluderea din procedură a acestui ofertant conform art. 167 alin. 1 lit. b) din Legea 98/2016, considerându-se că nu are capacitatea de a executa contractul.

Contestatoarea consideră nelegală decizia achizitoarei de a exclude asocierea din care face parte pe motivul neprezentării planului de reorganizare și a dovezilor privind implementarea acestuia, în condițiile în care a arătat și detaliat încă de la început prin DUAЕ că (i) se află în perioada de observație întrucât nu s-a atins stadiul procesual al propunerii și aprobării planului de reorganizare și că (ii) devine aplicabilă prima ipoteză din situația de excepție reglementată de art. 167 alin. (2) din Legea 98/2016, fiind prezervate condițiile legale pentru întocmirea planului și că sunt implementate măsurile necesare pentru reorganizare care permit desfășurarea de o manieră sustenabilă a activității, ... având capacitatea de a executa contractul.

Cu toate acestea, și având în vedere existența în articolul mai sus menționat a două ipoteze alternative, distincte, în care operatorul în insolvență trebuie admis la procedura de atribuire în funcție de stadiul în care se află procedura insolvenței, prin clarificările solicitate, autoritatea contractantă a cerut contestatoarei dovedirea condițiilor celei de a două ipoteze din teza a doua a art. 167 alin. (2) din Legea 98/2016, respectiv prezentarea chiar a planului de reorganizare și dovedirea că respectă graficul de implementare a planului de reorganizare. Astfel, autoritatea contractantă a încercat să-și preconstituie dovezi pentru o decizie deja luată la momentul clarificării, respectiv de a-i interzice participarea la procedură, exclusiv pe motiv că se află în perioada de observație.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, limitând posibilitatea contestatoarei de a-și demonstra capacitatea de a executa contractul de achiziție publică exclusiv prin prezentarea unui plan de reorganizare, ceea ce contravine prevederilor legale menționate.

De asemenea, contestatoarea susține că au fost încălcate: prevederile dispozițiilor art. 77 alin. (6) și art. 341 din Legea nr. 85/2014; principiul proporționalității (prin limitarea posibilităților de demonstrare a capacității de a executa contractul strict la prezentarea unui plan de reorganizare, proba solicitată de autoritatea contractantă fiind una obiectiv imposibilă, față de stadiul procedurii; obligația de a solicita clarificări reglementată de art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 (această obligație/drept a fost exercitate într-un mod pur formal și abuziv, contrar scopului pentru care a fost instituită de legiuitor); prevederile obligatorii ale documentației de atribuire, care permit în mod expres ofertanților aflați în procedura insolvenței, fără a distinge după cum se află în perioada de observație sau în reorganizare, să poată beneficia de derogarea prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (în fișa de date a achiziției, la punctul III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, se prevede în mod expres posibilitatea operatorilor economici de a demonstra încadrarea în derogarea prevăzută de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fără a

limita mijloacele de probare a fiabilității economice la prezentarea unui plan de reorganizare).

Contestatoarea, invocând mențiunile din fișa de date a achiziției, potrivit căreia modalitatea de demonstrare a îndeplinirii cerinței neîncadrării în cauzele de excludere prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016 constă în completarea DUAЕ de către ofertanți, urmând ca numai ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar să prezinte documentele care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, la solicitarea autorității contractante, susține că a prezentat, în DUAЕ, pe larg atât intenția de reorganizare și confirmarea de către administratorul judiciar a șansei reale a de reorganizare, cât și numeroasele măsuri adoptate ce fac posibilă întocmirea unui plan de reorganizare după soluționarea definitivă a contestațiilor la tabel, iar prin modul în care autoritate contractantă a acționat, a adăugat la documentația de atribuire, încălcând-o.

Contestatoarea susține că, din interpretarea coroborată a textelor de lege indicate, rezultă că voința legiuitorului este ca acest caz de excludere să devină incident numai în situațiile marginale, în care este clar că societatea în insolvență nu deține mijloacele necesare pentru a executa contractul de achiziție publică în ipoteza în care acesta îi va fi atribuit, cazurile de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 fiind lăsate de legiuitorul european la aprecierea statelor membre, atât sub aspectul instituirii lor, cât și, odată adoptată decizia de a reglementa la nivel național, sub aspectul condițiilor lor de aplicare.

..... SRL susține că legiuitorul român a preluat, în art. 167 din Legea nr. 98/2016, atât cazul de excludere constând în starea de insolvență a ofertantului, cât și excepția care permite participarea la proceduri de achiziție publică a ofertantului insolvent care are capacitatea de a executa contractul atribuit (excepția vizează atât pe ofertantul aflat în perioada de observație, care nu are încă un plan de reorganizare, cât și pe cel aflat în reorganizare judiciară), pentru fiecare dintre cele două ipoteze, legiuitorul prevăzând modalități diferite de probare a fiabilității economice a ofertantului, corespunzătoare stadiului în care se găsește procedura:

- ofertantul aflat în perioada de observație trebuie să arate că a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente;

- ofertantul ajuns deja în stadiul mai avansat al reorganizării trebuie să demonstreze că respectă integral graficul de implementare al planului de reorganizare aprobat de instanță.

În continuare, contestatoarea a prezentat istoricul procedurii de insolvență în care se află SA, respectiv faptul că la data de a fost deschisă procedura generală a insolvenței împotriva, fără ridicarea dreptului de administrare. Odată cu cererea de deschidere a procedurii, ... și-a exprimat intenția de reorganizare, astfel că începând cu această dată se află în perioada de observație, nefiind ridicat dreptul de administrare, devenind aplicabile dispozițiile art. 87 din Legea nr. 85/2014, în prezent operatorul economic aflându-se în perioada de

observație, care este definită la art. 5 pct. 42 din aceeași lege, ca fiind perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare sau, după caz, a intrării în faliment.

Contestatoarea susține că, momentan, nu au fost soluționate toate contestațiile împotriva tabelului preliminar al creanțelor asupra averii debitoarei, la acest moment existând pe rolul instanței contestații la tabel nesoluționate definitiv, iar raportul de evaluare a bunurilor aflate în patrimoniul debitoarei este în curs de finalizare.

..... are la acest moment în derulare 73 de contracte de lucrări în țară și în afara acesteia având ca obiect: execuție, amenajare și reabilitare lucrări de apă și canal, amenajări hidroenergetice, sisteme integrate de management al deșeurilor, stații de tratare a apelor uzate etc., administratorul judiciar nedenunțând niciun contract din cele aflate în derulare cu Beneficiarii, astfel că societatea a continuat toate contractele, executând și finalizând lucrări în mod curent astfel cum rezultă și din procesele verbale de recepție atașate cu titlu exemplificativ.

La acest moment se află în perioada de observație, astfel că împreună cu administratorul special s-au inițiat demersurile pentru luarea măsurilor pe care le presupune reorganizarea activității, respectiv reducerea costurilor și maximizarea încasărilor și a fondurilor disponibile, cu consecința optimizării lichidităților societății, ceea ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, printre măsurile adoptate pentru reorganizarea societății regăsindu-se și cele menționate în declarația debitoarei întocmită în temeiul dispozițiilor art. 67 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2014, sens în care contestatoarea le enumeră în contestație.

Contestatoarea susține că a adoptat măsuri de maximizare a fondurilor disponibile pentru capital de lucru și în vederea finalizării contractelor de lucrări aflate în derulare, respectiv pentru contractarea de noi de lucrări și solicită Consiliului să rețină că este una dintre cele mai mari companii românești din domeniul construcțiilor, cu o experiență îndelungată și un număr impresionant de proiecte finalizate cu succes, fiind cel mai mare constructor de amenajări și construcții hidrotehnice din Europa, fiind considerată o companie de interes național.

În continuare, autoarea contestației invocă practică relevantă (Decizia nr. 7266/2018 a Curții de Apel, Decizia CNSC nr. 1049/C3/1004 din 19.05.2021, Decizia nr. 266/C4/77 din 05.02.2021), iar, în final, concluzionează că excluderea sa de la procedură pentru neprezentarea unui plan de reorganizare este nelegală, autoritatea contractată fiind ținută să permită ofertantului să prezinte dovezile necesare conform excepțiilor prevăzute de lege, demers pe care, de altfel, contestatoarea l-a făcut, iar în măsura în care acestea sunt pertinente, să le accepte, cum este cazul în prezenta speță, însă, prin raportul procedurii, autoritatea contractantă nu a verificat nici măcar îndeplinirea acestei cerințe.

În dovedirea contestației, autoarea acesteia a depus un set de documente.

Autoritatea contractantă a transmis, prin email, la data de, punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliu cu nr., în cadrul căruia a solicitat respingerea contestației ca nefondată, susținând că, în principiu bunei administrări dar și a respectării dispozițiilor art. 180 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, comisia de evaluare a avut în vedere toate considerentele speței și a luat decizia de excludere a contestatoarei din procedură cu deplină responsabilitate, ca urmare a analizării situației reale și concrete la momentul actual.

Achizitoarea susține că este singura în măsură să analizeze situația concretă, în baza documentelor depuse și a clarificărilor solicitate și să decidă în consecință, dar și singura în măsură să se pronunțe pe baza tuturor documentelor/informațiilor de care dispune. În acest sens, autoritatea contractantă a invocat hotărârea pronunțată de Curtea Europeană de Justiție în Cauza C-14/18, din conținutul căreia rezultă că autoritățile contractante, și nu instanța națională, sunt cele cărora le-a fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie exclus dintr-o procedură de achiziție publică.

Concluzionează autoritatea contractantă că a acționat cu respectarea întru-totul a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 în analiza efectuate având în vedere situația sensibilă în care se află SA și care implică multe riscuri în sarcina sa, analiză care a pus mai presus de orice interesul public.

În replică la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, contestatoarea a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr., în cadrul căreia susține că deși autoritatea contractantă are puterea de a decide excluderea ofertanților din procedură în caz de insolvență, decizia de excludere nu este una discreționară, o astfel de poziție fiind periculoasă și contravenind însăși ideii de stat de drept, în care toate subiectele se supun legii.

Astfel, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a încălcat flagrant principiul bunei administrări, acesta impunând autorității contractante să solicite clarificări care să permită ofertantului să își demonstreze fiabilitatea, ori, ..., contrar dispozițiilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, a solicitat prezentarea unui plan de reorganizare și a limitat posibilitatea de demonstrare a fiabilității economice la această conduită, deși, față de stadiul procedurii, prezentarea unui asemenea plan este imposibilă.

Contestatoarea susține că decizia de excludere este supusă controlului instanțelor judecătorești, rațiunea reglementării acestei situații fiind aceea de a evita atribuirile de contracte publice în mod arbitrar, către anumiți operatori economici favoriți.

..... SA susține că punctul de vedere al autorității contractante este rezultatul unei înțelegeri eronate a modului în care funcționează cazurile de excludere. În acest sens, contestatoarea a invocat practică judecătorească (Decizia civilă nr. 2226/2020 a Curții de Apel). Contestatoarea susține că, în cazul contestației pe cale administrativ-jurisdicțională la CNSC, acesta are dreptul de a solicita lămuriri părților,

de a administra orice mijloace de prob permise de lege și de a solicita orice date și documente, în sarcina autorității contractante fiind instituită obligația de a transmite Consiliului o copie a dosarului achiziției.

Consiliul, examinând documentele depuse și verificând legalitatea și temeinicia actului atacat, poate dispune una sau mai multe dintre soluțiile prevăzute de art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Dosarul achiziției, în format electronic a fost transmis Consiliului prin adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr.

Prin adresa nr. /, înregistrată la Consiliu sub nr. /, ... SRL, în calitate de lider al asocierii SRL – SRL, a depus cererea de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, prin care solicită, pe cale de excepție, inadmisibilitatea capătului de cerere principal prin care se solicită Consiliului să rețină „caracterul conform și admisibil al ofertei Asocierii din perspectiva condițiilor impuse de prima ipoteză din cea de a doua teză a art. 167 alin. (2) din Legea 98/2016, respectiv (...)”, iar pe fondul cauzei, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea 101/2016, respingerea contestației SA, ca neîntemeiată, deși, pe cale de consecință, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea 101/2016, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Intervenienta a descris modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire în ceea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei, susținând că la solicitarea de clarificări a autorității contractante, contestatoarea nu a prezentat probe concludente care să conducă la concluzia că SA are capacitatea de executa contractul, considerând că aprecierea ofertei ca admisibilă este atributul comisiei de evaluare și nu a organismului administrativ-jurisdicțional, conform art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016.

În acest sens, susține contestatoarea, Consiliul nu se poate substitui atribuțiilor comisiei de evaluare, rolul său de organism administrativ-jurisdicțional fiind acela de soluționare a contestațiilor cu privire la procedurile de atribuire a contractelor, conform art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, și nu de evaluare a ofertelor, inclusiv a aspectelor de inadmisibilitate susținute de contestatoare, iar solicitarea adresată Consiliului, de a reține caracterul conform și admisibil al ofertei Asocierii, presupune evaluarea documentelor DUAЕ respectiv a răspunsului la solicitarea de clarificări depuse de contestator și este vădit inadmisibilă în raport de dispozițiile legale prevăzute de art. 26 din Legea nr. 101/2016.

Consiliul, susține intervenienta, poate fi investit cu controlul legalității actelor emise de autoritatea contractantă și nicidecum cu evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii, procesul de evaluare fiind exclusiv prerogativa comisiei de evaluare, acesta neavând posibilitatea legal de a efectua o evaluare pentru a verifica dacă un ofertant îndeplinește sau nu cerințele din documentația de atribuire, ci poate doar verifica dacă raționamentul probat de contestator este corect sau nu.

Față de cele expuse anterior, contestatoarea solicită admiterea excepției inadmisibilității capătului de cerere prin care se solicită Consiliului reținerea caracterului conform și admisibil al ofertei contestatoarei.

Pe fondul cauzei, intervenienta solicită respingerea contestației susținând, în primul rând, că, orice critici care vizează solicitările de clarificări înregistrate sub nr., formulate în cadrul contestației, sunt tardive, în ipoteza în care contestatoarea avea nelămuriri cu privire la dovezile solicitate avea obligația de a contesta solicitarea de clarificări cu o contestație în interiorul termenului prevăzut de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Răspunzând în mod vădit neconcludent la solicitarea de clarificări, nefiind furnizate informațiile solicitate de comisia de evaluare, contestatorul și-a asumat riscul excluderii din procedura în cauză, decizia autorității fiind temeinică și legală prin prisma acestui aspect.

Intervenienta susține că solicitarea comisiei de evaluare de a se prezenta un plan de reorganizare fezabil și documente privind plata penalităților și a dosarelor pe rol pentru asociatul aflat în insolvență, nu poate fi asimilată unei exercitări abuzive a drepturilor izvorâte din cuprinsul art. 167 alin. 2 din Legea 98/2016, atâta timp cât aceste informații sunt impuse chiar de dispozițiile legale.

Cu privire la pretinsa limitare a contestatorului de a demonstra capacitatea de a executa contractul de achiziție publică, intervenienta invocă art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și susține că, din analiza înscrisurilor depuse de contestatoare se poate constata cu ușurință faptul că acestea nu se circumscriu dovezilor care să conducă la concluzia că ar fi fost adoptate „măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente” (Raportul administratorului judiciar privind cauzele și împrejurările care au dus la insolvență reprezintă un înscris întocmit pro causa fără nicio valoare probatorie; împrumutul contractat în valoare de 15 milioane lei de la societatea S.A aprobat de din data de, conform Procesului-Verbal nr. publicat în nr., confirmă starea de insolvență a societății, respectiv incapacitatea de a-și desfășura activitatea din încasările proprii; declarația de susținere în favoarea printr-un nou împrumut de reprezintă un înscris întocmit pro causa fără nicio valoare probatorie; depuse în dovedirea experienței similare întocmite ulterior datei deschiderii procedurii insolvenței nu fac parte din categoria dovezilor care conduc la concluzia că s-au adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil).

Intervenienta susține că ofertantul contestator avea obligația de a răspunde la solicitarea comisiei de evaluare prezentând înscrisuri din care să rezulte plata datoriilor, plata penalităților precum și situația dosarelor pe rol, respectiv de a prezenta o situație reală a creanțelor creditorilor și nicidecum a unor înscrisuri întocmit pro causa, din care rezultă practic contractarea unor noi datorii, decizia autorității fiind temeinică și legală prin prisma acestui aspect.

În susținerea cererii de intervenție, autoarea acesteia a invocat practica CNSC și a instanței (decizia nr. 1651/C3/1647/29.07.2021,

Decizia CAB nr. 2053/14.10.2021), iar în finalul acesteia a solicitat acces la dosarul cauzei.

Prin adresa nr., Consiliul a invitat intervenienta să studieze dosarul cauzei la data de Ca urmare a accesului la dosarul cauzei.

În legătură cu cererea de intervenție, contestatoarea a formulat Întâmpinarea înregistrată la Consiliu cu nr., prin care solicită respingerea acesteia, în principal, ca inadmisibilă și, în subsidiar, în cazul admiterii cererii de intervenție, respingerea excepției inadmisibilității capătului principal de cerere și înlăturarea apărărilor formulate de intervenientă pe fondul cauzei.

Astfel, reiterând pe scurt situația ofertei sale în prezenta procedură de atribuire, contestatoarea susține că cererea de intervenție este inadmisibilă întrucât contestația vizează doar decizia de excludere a ofertei sale și nu vreun aspect legat de oferta sa.

Cu privire la excepția inadmisibilității primului capăt de cerere al contestației, invocată de intervenientă, contestatoarea susține că apărarea intervenientei este contradictorie, în condițiile în care, dacă intervenienta se consideră îndreptățită să considere înscrisurile depuse în demonstrarea fiabilității SA ca fiind insuficiente, cu atât mai mult CNSC, ca organism administrativ jurisdicțional are această putere.

În ceea ce privește susținerile intervenientei cu privire la fondul contestației, ... SA reiterează susțineri din contestație cu privire la perioada de observație în care se află, iar cu privire la tardivitatea invocată în legătură cu criticile referitoare la solicitarea de clarificări, consideră că este neîntemeiată, contestația nevizând solicitarea de clarificări ci decizia de a exclude oferta sa, sens în care contestatoarea a reiterat susținerile cu privire la greșita modalitate în care a fost evaluată și exclusă oferta sa.

..... SA a constituit cauțiunea în sumă de lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr., eliberată de CEC BANK SA –, la data de

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzelor conexe, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o „licitație deschisă”, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „INV - 2/2023 Execuția lucrărilor pentru obiectivele de investiții aflate în administrarea, din cadrul , pentru obiectivele de investiții: 4 Loturi”, cod CPV 45232120-8 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1054065/12.04.2023, stabilind termenul limită de depunere a ofertelor la 22.05.2023, valoarea estimată, fără TVA, 591.150.738 lei și criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”.

Obiectul procedurii a fost divizat în 4 loturi, prezenta contestație vizând lotul 2 - „*Reabilitarea stației de pompare de bază, a stației de repompare, a canalului de aducțiune ..., a canalelor de distribuție*

și a construcțiilor hidrotehnice aferente din amenajarea de irigații”, cu o valoare estimată, fără TVA, de 159.691.406 lei.

În cadrul lotului 2 a depus oferte 2 operatori economici, ulterior evaluării ofertelor depuse, autoritatea contractantă stabilind rezultatul procedurii pentru acest lot, consemnat în raportul procedurii nr., potrivit căruia a fost declarată câștigătoare oferta depusă de asocieria SRL – SRL, iar oferta depusă de asocieria SA – SA – SA a fost exclusă din procedură, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Nemulțumit de acest rezultat, comunicat prin adresa nr., ... SA, lider al asocierii SA – SA – SA, a depus contestația care face obiectul prezentei cauze.

Prealabil analizării contestației, Consiliul reține că SRL, lider al asocierii SRL – SRL, ofertant poziționat pe locul 1 în clasament, a depus cererea de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante nr. /, înregistrată la Consiliu cu nr. /, solicitând, pe cale de excepție, respingerea ca inadmisibil a capătului de cerere principal formulat în contestație și, pe fond, respingerea contestației ca neîntemeiată.

În ceea ce privește demersul intervenientei de a susține actele achizitoare privind stabilirea ofertei sale ca fiind câștigătoare, cererea de intervenție, transmisă prin e-mail la data de (în termenul prevăzut de art. 17 din Legea nr. 98/2016 în condițiile în care cele 2 contestații au fost publicate în SEAP la data de), este încuviințată în principiu, în conformitate cu art. 64 din Codul de procedură civilă, aceasta prezentând natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, dat fiind faptul că autoarea acesteia dovedește interes legitim în pricină și sprijină decizia autorității contractante cu privire la acest rezultat, excepția inadmisibilității cererii de intervenție, invocată de contestatoare, fiind neîntemeiată.

Din conținutul comunicării rezultatului procedurii rezultă că motivul care a condus la excluderea ofertei contestatoarei a fost următorul:

«Dumneavoastră ați răspuns în termen la solicitarea de clarificare prin care comisia de evaluare a cerut prezentarea „planului de reorganizare fezabil conform art. 167 alin. (2) din Legea 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 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” și „Documente privind plata penalităților/dosare pe rol prin adresa nr.”.

Comisia de evaluare a constatat în răspunsul transmis de dumneavoastră ca nu ați prezentat documente prin care să lămurească judiciar privind procedura de insolvență, respectiv **planul de reorganizare, graficul de implementare a planului de reorganizare.**

În consecință comisia de evaluare hotărăște excluderea din procedura a operatorului economic conform art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare: 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 încetare activități deoarece consideră că nu are capacitatea de a executa contractul.»

În legătură cu motivul de respingere reținut de autoritatea contractantă, contestatoarea susține că a detaliat, încă de la început, în cadrul DUAЕ, că se află în perioada de observații și nu s-a atins stadiul procesual al propunerii și aprobării planului de reorganizare, fiind aplicabilă prima ipoteză din situația reglementată de art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prevedere legală ce a fost încălcată de autoritatea contractantă.

Achizitoarea susține, la rândul ei, în cadrul punctului de vedere, că, în baza principiului bunei administrări și a respectării dispozițiilor art. 180 alin. (2) din Legea nr. „99/2016”, a luat decizia de a respinge oferta contestatoarei cu deplină responsabilitate, urmare a analizării situației reale și concrete la momentul actual, fiind singura responsabilă și în măsură să se pronunțe pe baza documentelor/informațiilor de care dispune cu privire la oferta contestatoarei, invocând în susținere practica europeană.

Analizând contestația, Consiliul reține că, din informațiile existente în cadrul DUAЕ-ului depus de SA, membru al asocierii din care face parte contestatoarea, rezultă că la secțiunea C: MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE - „Insolvență”, s-a menționat „Da”, cu următoarea detaliere:

„Intenția de reorganizarea a societății

Societatea a depus în data de în temeiul dispozițiilor art. 71 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 cerere de deschidere a procedurii generale de insolvență.

În cadrul acestei cereri Societatea și-a exprimat în temeiul dispozițiilor art. 67 alin. 1 lit. g din Legea nr. 85/2014 intenția de reorganizare a activității pe baza unui plan de reorganizare. Această intenție a fost însoțită de descrierea sumară a modalităților privind reorganizarea conform art. dispozițiilor art. 67 alin. 1 lit. h din Legea nr. 85/2014. De asemenea, Societatea a depus și declarațiile prevăzute la art. 67 alin.1 lit. i și j din Legea nr. 85/2014.

Prin Încheierea de ședință pronunțată la data de în dosarul nr., aflat pe rolul Tribunalului - Secția a VII-a Civilă („Încheierea”), în temeiul art. 71 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, instanța a admis cererea și a dispus deschiderea procedurii generale de insolvență împotriva Societății, precum și a dezmembrămintelor acesteia fără personalitate juridică.

Prin Încheierea de deschidere a procedurii de insolvență nu s-a prevăzut ridicarea dreptului de administrare a Societății, acesta fiind menținut la nivelul societății

La acest moment rolul de administrator special al, desemnat prin..... nr. ... din data de, este exercitat de către persoana juridică Romenergo S.A. înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă

Tribunalul sub nr., având Cod Unic de Înregistrare, cu sediul social în, prin persoană împuternicită

Așadar, începând cu data de, ... se află în perioada de observație, nefiind ridicat dreptul de administrare, devenind aplicabile dispozițiile art. 87 din Legea nr. 85/2014, potrivit cărora: „(1) În perioada de observație, debitorul va putea să continue desfășurarea activităților curente și poate efectua plăți către creditorii cunoscuți, care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente, sub supravegherea administratorului judiciar.”

Raportat la art. 5 pct. 2 din Legea nr. 85/2014, activitățile curente reprezintă acele activități de producție, comerț sau prestări servicii și operațiuni financiare, cum ar fi:

a) continuarea activităților contractante și încheierea de noi contracte, conform obiectului de activitate;

b) efectuarea operațiunilor de încasări și plăți aferente acestora;

c) asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente.

În temeiul art. 97 alin. (3) din Legea nr. 85/2013 în cadrul Raportului privind cauzele și împrejurările care au dus la insolvența, Administratorul judiciar a arătat următoarele:

„Consortiul de practicieni în insolvență desemnat în calitate de administrator judiciar consideră că, în măsura în care premisele anterior menționate vor putea fi îndeplinite, compania poate fi supusă unui plan de reorganizare cu șanse succes.

Ca urmare a analizei datelor puse la dispoziție până la acest moment și, bineînțeles, în contextul revigorării activității prin încheierea de noi contracte în domeniul de activitate specific societății S.A., considerăm că există premisele unei reorganizări, motiv pentru care, în temeiul art. 97, alin. 3, din Legea insolvenței, ne exprimăm intenția de a propune/colabora la întocmirea unui Plan în acest sens, ulterior stabilirii masei credale prin definitivarea tabelului de creanțe, astfel încât să poată fi efectuată o simulare a încasărilor și plăților pentru

Măsurile operaționale adoptate de societate în vederea continuării activității curente și implementării unui plan de reorganizare

Societatea are la acest moment în derulare un număr de de contracte de lucrări în țară și în afara acesteia având ca obiect: execuție, amenajare și reabilitare lucrări de apă și canal, amenajări hidroenergetice, sisteme integrate de management al deșeurilor, stații de tratare a apelor uzate etc.

Administratorul judiciar nu a denunțat niciun contract din cele aflate în derulare cu Beneficiarii. Societatea a continuat toate contractele, executând și finalizând lucrări în mod curent astfel cum rezultă și din procesele verbale de recepție atașate exclusiv cu titlu exemplificativ.

Astfel, Societatea își continuă activitatea pe principiul „business as usual”, bucurându-se în același timp de protecția oferită de procedura de insolvență, în sensul că nu poate fi supusă demersurilor de executare silită pornite de creditorii pentru creanțe anterioare deschiderii procedurii de insolvență.

Întrucât la acest moment se află în perioada de observație, împreună cu administratorul special s-au inițiat demersurile pentru luarea măsurilor pe care le presupune reorganizarea activității, respectiv reducerea costurilor și maximizarea încasărilor și a fondurilor disponibile, cu consecința optimizării lichidităților societății, ceea ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente.

Printre măsurile adoptate pentru reorganizarea Societății se află și cele menționate în declarația Debitoarei întocmită în temeiul dispozițiilor art. 67 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2014 și anume:

Societatea și-a intensificat activitatea de ofertare, participând la licitații organizate de autoritățile locale și centrale în vederea contractării de lucrări noi;

S-au adoptat măsuri de optimizare a resurselor financiare în vederea susținerii activității și asigurării capitalului de lucru;

S-au intensificat demersurile de recuperare a creanțelor, sume care sunt folosite pentru plata datoriilor curente și asigurării capitalului de lucru;

S-au adoptat măsuri de reducere a cheltuielilor cu personalul indirect productiv și a altor cheltuieli indirecte;

Societatea a început să obțină venituri din închirierea activelor care nu sunt folosite în activitatea curentă;

Societatea este în curs de identificare a activelor non-core de care nu va avea nevoie în viitor, urmând a demara procedurile de valorificare a acestora pentru obținerea de venituri care vor fi folosite pentru plata datoriilor curente și asigurarea capitalului de lucru.

De asemenea, ... a adoptat măsuri de maximizare a fondurilor disponibile pentru capital de lucru și în vederea finalizării contractelor de lucrări aflate în derulare, respectiv pentru contractarea de noi de lucrări.

Printre măsurile adoptate se numără următoarele:

Societatea a contractat un împrumut în valoare de 15 milioane lei de la societatea S.A aprobat de din data de, conform Procesului-Verbal nr. publicat în nr.;

Societatea va accesa în perioada imediat următoare o finanțare în valoare de 10 milioane euro de la S.A., acționarul majoritar al, în vederea susținerii activității curente, respectiv a proiectelor în derulare și viitoare, măsură care urmează a fi supusă aprobării creditorilor în perioada următoare.

Societatea debitoare a început conturarea principiilor și premiselor pe care se va construi planul de reorganizare a activității sale, consorțiul de practicieni în insolvență acordând sprijin în acest sens.

În concluzie, ... urmează să depună un plan de reorganizare care să prevadă modalitățile de continuare a activității într-o manieră profitabilă, care să permită atât plata datoriilor curente, dar și a creanțelor anterioare deschiderii procedurii de insolvență conform programului de plăți care se va aproba, precum și alte modalități alternative de eficientizare a activității operaționale pentru obținerea de profit și vânzarea de active non-core pentru reducerea costurilor și obținerea de venituri suplimentare celor obținute din activitatea curentă.

Depunerea planului de reorganizare a societății se va face la momentul la care vor fi îndeplinite condițiile prevăzute de Legea nr. 85/2014 pentru realizarea acestui demers, conform celor care se vor prezenta la capitolul următor.

Stadiul procedurii de insolvență a S.A.

La acest moment se află în perioada de observație, care este definită la art. 5 pct. 42 din Legea nr. 85/2014 ca fiind perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare sau, după caz, a intrării în faliment.

Planul de reorganizare a activității debitoarei se depune în termen de 30 de zile de la data publicării tabelului definitiv de creanțe, conform dispozițiilor

art. 132 alin.(1) lit. a) din Legea nr. 85/2014, după ce toate contestațiile la tabelul preliminar de creanțe au fost soluționate și s-a predat raportul de evaluare a garanțiilor.

În ceea ce privește stadiul actual al procedurii de insolvență a, arătăm următoarele: nu au fost soluționate toate contestațiile împotriva tabelului preliminar al creanțelor asupra averii Debitoarei, la acest moment existând pe rolul instanței un număr de 9 contestații, nesoluționate în primă instanță, iar alte dosare sunt în faza apelului; raportul de evaluare a bunurilor aflate în patrimoniul Debitoarei este în curs de finalizare urmând a fi întocmit de societatea de evaluare care a fost desemnată de comitetul creditorilor la data de

Consortiul va întocmi și depune la dosarul privind procedura de insolvență a Debitoarei tabelul definitiv al creanțelor Societății după soluționarea definitivă a contestațiilor și după finalizarea raportului de evaluare întocmit de evaluatorul, urmat apoi de depunerea planului de reorganizare care va fi supus aprobării adunării creditorilor și confirmării de către judecătorul-sindic.

În prezent, Administratorul judiciar lucrează îndeaproape cu reprezentanții la pregătirea documentației necesare redactării planului de reorganizare.

În final, menționăm că reprezentanții Consortiului participă la întâlniri cu creditorii/clientii/colaboratorii societății în vederea stabilirii oportunității continuării relațiilor contractuale, modalitatea și condițiile eficiente în care se vor desfășura în continuare relațiile cu Debitoarea, respectiv a solicitării sprijinului acestora pentru o fluidă colaborare, în vederea atingerii scopului declarat al declanșării procedurii insolvenței, respectiv promovarea unui plan de reorganizare prin intermediul căruia să fie satisfăcută atât necesitatea menținerii pe piață, cât și satisfacerea creanțelor creditorilor săi.

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.

Printre măsurile adoptate se numără următoarele:

Societatea a contractat un împrumut în valoare de 15 milioane lei de la societatea S.A. aprobat de din data de, conform Procesului-Verbal nr. publicat în ... nr.;

Societatea va accesa în perioada imediat următoare o finanțare în valoare de 10 milioane euro de la S.A., acționarul majoritar al, în vederea susținerii activității curente, respectiv a proiectelor în derulare și viitoare, măsură care urmează a fi supusă aprobării creditorilor în perioada următoare.»

În legătură cu acest aspect evidențiat de ofertant în cadrul DUAE, autoritatea contractantă a solicitat clarificări asocierii SA - SA - SA, prin adresa nr., respectiv depunerea următoarelor documente:

«- Plan de reorganizare fezabil conform art. 167 alin. (2) din Legea 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 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”.

- Documente privind plata penalităților/dosare pe rol”.

Prin adresa nr. ofertantul a răspuns acestei solicitări, în sensul că, în legătură cu primul punct al solicitării a reiterat informațiile din DUAЕ cu privire la insolvență (referitoare la etapa de reorganizare în care se află, măsurile pe care le-a luat, etc.), iar în legătură cu punctul 2 al solicitării a precizat următoarele:

«1. Cu privire la Contractul nr. din ... având ca obiect lucrări de „.....” încheiat cu

Beneficiarul a pretins de la penalități de întârziere pentru o pretinsă depășire a datei de finalizare cu 81 de zile.

Situația nu se încadrează în ipoteza cazului de excludere de la art. 167 alin. 1 lit. g din Legea nr. 98/2016, iar dacă s-ar fi încadrat ar fi devenit incidente prevederile art. 171 alin. 1 din Legea nr. 98/2016.

- nu a încălcat obligația de respectare a datei de finalizare.

..... a executat toate lucrările care au făcut obiectul contractului anterior ultimului termen contractual. La solicitarea Inginerului prin dispoziție de șantier emisă după data agreată pentru finalizare, ... a executat lucrări suplimentare.

Beneficiarul a confirmat executarea corespunzătoare calitativă, cantitativă și la termen, semnând fără rezerve și fără mențiuni legate de vreo întârziere

- Beneficiarul a formulat cerere de plată pentru penalitățile pretinse în fața administratorului judiciar care a fost respinsă. Împotriva soluției administratorului judiciar a formulat contestație la judecătorul sindic care nu a fost încă soluționată.

- Cu acordul subscrisei, pentru penalitățile pretinse, Beneficiarul a reținut din ultimele SIL-uri și CIP-uri o sumă egală cu cea a penalităților. Măsura are caracter provizoriu, iar dacă se va confirma în instanță că beneficiarul este îndreptățit la penalitate, măsura de a reține din plăți o sumă egală cu penalitățile pretinse va deveni definitivă, stingându-se astfel orice penalitate sau posibil prejudiciu.

- Separat, așa cum am arătat mai sus și detaliat în DUAЕ, la nivelul societății au fost luate o serie întreagă de măsuri operaționale sub administrarea unei noi conduceri și a judecătorului sindic pentru a răspunde realizării corespunzătoare a proiectelor derulate de, măsuri operaționale care se încadrează în măsurile prevăzute de art. 171 alin. 1 din Legea nr. 98/2016

- Atașăm înscrisuri și acte procesuale relevante.

2. Cu privire la Contractul de lucrări nr. privind obiectivul pentru implementarea proiectului „.....” încheiat cu Beneficiarul

Beneficiarul a pretins de la restituirea sumei de lei plus TVA, cu titlu de plată nedatorată. Beneficiarul a susținut că ar fi plătit potrivit actului adițional prin care s-a ajustat prețul contractului o sumă mai mare decât valoarea de ajustare și a solicitat restituirea acesteia.

Obligația de restituire a unei sume nu este una contractuală și nu are legătură cu modul în care executantul execută contractul. În plus, plata s-a făcut potrivit Contractului (actului adițional).

Beneficiarul a confirmat executarea corespunzătoare calitativă, cantitativă și la termen semnând fără rezerve.

Pentru a evita orice fel de discuții și pentru a reglementa această situație, printr-un act adițional, părțile au agreeat ca să achite, până la finalul anului, suma cerută de Beneficiar.

Atașăm corespondență relevantă, ... și actul adițional privind condițiile de restituire a sumei pretinse de Beneficiar.

Comisia de evaluare a analizat acest răspuns și, potrivit procesului verbal nr., a considerat că ofertantul nu a prezentat documente care să „lămurească judiciar privind procedura de insolvență, respectiv planul de reorganizare, graficul de implementare a graficului de reorganizare”, motiv pentru care a constatat incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, considerând că ofertantul nu are capacitatea de a executa contractul și excluzând oferta contestatoarei.

În analizarea legalității acestei decizii a autorității contractante de a exclude oferta contestatoarei, Consiliul apreciază ca fiind relevante următoarele prevederi legale:

- art. 167 alin. (1) lit. b) și alin. (2) 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”; (...)

(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. 171 din același act normativ:

„(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.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (3¹) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.”

Analizând corectitudinea deciziei de excludere a ofertei contestatoarei prin raportare la informațiile furnizate de ofertant și dispozițiile legale anterior citate, Consiliul constată că aceasta este greșită având în vedere că, deși achizițioarea cunoștea, încă de la etapa de verificare DUAЕ, că SA, membrul asocierii al cărei lider este contestatoarea, este în perioada de observație a procedurii de insolvenței (ofertantul indicând de mai multe ori în cadrul DUAЕ existența acestei situații), a solicitat asocierii SA - SA - SA, depunerea planului de reorganizare.

Or, potrivit Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, perioada de observație „este perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare sau, după caz, a intrării în faliment”, în cadrul acestei perioade/etape nefiind elaborat și confirmat planul de reorganizare.

Având în vedere că oferta contestatoarei se află în perioada de observație astfel că nu a fost elaborat încă planul de reorganizare, iar ofertantul a oferit achizițioarei informații cu privire la măsurile necesare pentru întocmirea planului de reorganizare, pentru a stabili dacă ofertantul trebuia sau nu exclus de la procedura de atribuire, autoritatea contractantă avea obligația de a stabili, pe baza documentelor depuse de ofertant, dacă acesta are capacitatea de a executa contractul, prin aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv „Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu

*excluse 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 (...)**”.*

Or, așa cum sa reținut în paragrafele anterioare, oferta contestatoarei a fost exclusă întrucât nu a fost depus planul de reorganizare, document care nu exista la momentul verificării ofertei contestatoarei, evaluarea făcută de achizitoare, contrar dispozițiilor legale citate în paragraful anterior, neavând în vedere informațiile și documentele prezentate de ofertant cu privire la măsurile adoptate de acesta pentru întocmirea planului de reorganizare.

Dreptul autorității contractante de a stabili/decide dacă situația concretă a ofertantului impune excluderea acestuia din procedură nu trebuie exercitat în mod formal, ci acesta trebui să se facă prin raportare la dispozițiile art. 167 alin. (2) coroborate cu art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, Consiliul stabilește că, în mod eronat, autoritatea contractantă a exclus oferta contestatoarei, impunându-se reverificarea acesteia, critica fiind întemeiată.

În ceea ce privește capătul de cerere formulat de contestatoare, cu privire la reevaluarea ofertelor cu reținerea caracterului conform al ofertei sale, Consiliul îl va respinge ca inadmisibil, întrucât, potrivit art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți este atribuția exclusivă a membrilor comisiei de evaluare, Consiliu neavând atribuții în acest sens.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația formulată de SA, lider al asocierii SA – SA – SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă și să anuleze actele autorității contractante privind decizia de excludere a ofertei depusă de asocieria SA – SA – SA din cadrul lotului 2, precum și comunicările privind rezultatul procedurii aferent acestui lot. În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește reevaluarea ofertei depusă de asocierii SA – SA – SA pentru lotul 2, să continue procedura de atribuire și să comunice rezultatul acesteia.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind reevaluarea ofertei asocierii SA - SA - SA cu reținerea caracterului conform al acestei oferte.

Față de cele anterior reținute, încuviințând, în principiu, cererea de intervenție formulată de SRL, lider al asocierii SRL - SRL, Consiliul o va admite în parte.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de SA, lider al asocierii SA - SA - SA în contradictoriu cu și anulează actele autorității contractante privind decizia de excludere a ofertei depusă de asocieria SA - SA - SA din cadrul lotului 2, precum și comunicările privind rezultatul procedurii aferent acestui lot.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește reevaluarea ofertei depusă de asocierii SA - SA - SA pentru lotul 2, să continue procedura de atribuire și să comunice rezultatul acesteia.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind reevaluarea ofertei asocierii SA - SA - SA cu reținerea caracterului conform al acestei oferte.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție formulată de SRL, lider al asocierii SRL - SRL și o admite în parte.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, 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 pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE

.....

MEMBRU

.....

MEMBRU

.....

Redactată în 5 exemplare, conține 20 pagini.
Redactată practica deciziei