



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr.

Data:.....

Prin contestația FN înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de către, cu sediul în, județul, având Cod Unic de Înregistrare RO și număr de înregistrare în registrul societăților profesionale ..., reprezentată legal prin asociați coordonatori și, împotriva documentației de atribuire privind procedura simplificată, online, organizată de SA, cu sediul în, str., județul, în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „Servicii de consultanță pentru restructurarea/reorganizarea tehnico-financiară”, cod CPV 66171000-9, s-a solicitat:

I. ÎN PRINCIPAL: de atribuire pentru încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. (3) lit. d) din Legea 99/2016 și raportat la prevederile Legii nr. 85/2014;

II. ÎN SUBSIDIAR 1: obligarea autorității contractante la remedierea întregii proceduri de atribuire, în sensul eliminării etapei II de la pct. 2 Obiectul achiziției din Caietul de sarcini și din toate documentele subsecvente pentru încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. (3) lit. d) din Legea 99/2016, la prevederile Legii nr. 85/2014 și ale OUG nr. 86/2006;

III. ÎN SUBSIDIAR 2 : obligarea autorității contractante la remedierea documentației de înscriere la procedura de achiziție publică, astfel încât să permită derularea procedurii de selecție/ achiziție publică în condiții de concurență reală, prin asigurarea posibilității participării la procedura de selecție/ achiziție publică a tuturor agenților economici interesați.

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de către, cu sediul în, ..., ..., având Cod Unic de Înregistrare RO și număr de înregistrare în registrul societăților profesionale, reprezentată legal prin practician coordonator av., împotriva documentației de atribuire, în cadrul aceleiași proceduri, organizată de SA, în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat:

-admiterea contestației;

-..... ca urmare a nerespectării de către entitatea contractantă a prevederilor imperative ale Legii nr. 98/2016;

-obligarea entității contractante la reluarea licitației cu întocmirea unor documente care să respecte prevederile legale.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., ..., în calitate de asociat al, cu sediul în, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare în registrul societăților profesionale ..., reprezentată legal prin asociat coordonator, înaintează Cerere de intervenție accesorie la cererea de suspendare formulată de, solicitând admiterea acesteia, cu consecința suspendării procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., ..., în calitate de asociat al, cu sediul în, având Cod Unic de Înregistrare ... și număr de înregistrare în registrul societăților profesionale ..., reprezentată legal prin asociat coordonator, înaintează Cerere de intervenție accesorie la contestația formulată de, în care susține că achiesează la contestație și solicită:

I. ÎN PRINCIPAL: de atribuire pentru încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. (3) lit. d) din Legea 99/2016 și raportat la prevederile Legii nr. 85/2014.

II. ÎN SUBSIDIAR 1: obligarea autorității contractante la remedierea întregii proceduri de atribuire, în sensul eliminării etapei II de la pct. 2 Obiectul achiziției din Caietul de sarcini și din toate documentele subsecvente pentru încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. (3) lit. d) din Legea 99/2016, la prevederile Legii nr. 85/2014 și ale OUG nr. 86/2006.

III. ÎN SUBSIDIAR 2: obligarea autorității contractante la remedierea documentației de înscriere la procedura de achiziție publică, astfel încât să permită derularea procedurii de selecție/ achiziție publică în condiții de concurență reală, prin asigurarea posibilității participării la procedura de selecție/ achiziție publică a tuturor agenților economici interesați.

Prin încheierea nr., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii formulată de, pe care a respins-o.

Pe rol, în prezent, se află capetele de cerere din contestații.

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 contestațiile de

față, prin care și reclamă conținutul documentației de atribuire, solicitând cele de mai sus.

În ceea ce privește contestația formulată de, contestatorul menționează următoarele:

În data de 11.02.2021, ..., în calitate de entitate contractantă, a publicat pe site-ul SICAP anunțul de participare simplificat nr. privind organizarea procedurii de selecție/achiziție publică pentru „Servicii de consultanță pentru restructurarea/reorganizarea tehnico financiară”.

Din documentatia de atribuire anexată anunțului (caiet de sarcini, contract sectorial de servicii, convenție de securitate și sănătate în muncă, prevenirea situațiilor de urgență, protecția mediului), precum și din restul informațiilor detaliate în cadrul anunțului, contestatorul a observat că entitatea contractantă dorește contractarea de servicii de specialitate în vederea:

- întocmirii ofertei de concordat preventiv și
- asistarea în cadrul procedurii de concordat preventiv;
- acordarea mandatului de administrator concordatar conform Legii nr. 85/2014 (ulterior deschiderii procedurii de concordat preventiv).

Se reține că, potrivit caietului de sarcini, obiectul achiziției prevede 2 etape:

„1. Etapa 1: analiza preliminară a situației economico-financiară a societății și asistarea la stabilirea strategiei pentru restructurarea activității companiei prin recurgere la procedura concordatului preventiv. Această analiză va stabili și dacă sunt întrunite condițiile de eligibilitate prevăzute de Legea nr. 85/2014 pentru deschiderea procedurii de concordat preventiv, respectiv dacă achizitorul este „debitor aflat în dificultate financiară”.

2. Etapa 2:

1) Elaborarea cererii de deschidere a procedurii de concordat preventiv, conform art. 23 din Legea 85/2014;

2) Stabilirea strategiei pentru restructurarea activității Companiei, prin recurgerea la procedura concordatului preventiv, precum și ajustarea strategiei dependent de evoluția negocierilor;

3) Elaborarea ofertei de concordat preventiv în versiune inițială, supusă negocierilor, precum și în cea finală supusă votului, care, în conformitate cu art. 23, 24 și 27 din Legea 85/2014, va cuprinde proiectul de concordat preventiv și, implicit planul de redresare și modalitatea de plată a creanțelor.

(....)

4) Mandatul de administrator concordatar conform Legii 85/2014 (ulterior deschiderii procedurii de concordat preventiv)

(...)"

În referire la calitatea de persoană care se consideră vătămată a, contestatorul notifică următoarele:

Potrivit dispozițiilor art. 8 alin. 1 din Legea 101/2016 „*Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere,*

precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim (...)".

Potrivit dispozițiilor art. 3 alin. 1, lit. f din Legea 101/2016 persoană care se consideră vătămată este definită ca fiind „*orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesolufionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire."

Petentul consideră că poate justifica calitatea de persoană vătămată de demararea procedurii de atribuire în forma și condițiile prevăzute în anunțul nr. publicat la data de pe site-ul SEAP de către Societatea și în documentele care stau la baza acesteia întrucât:

-Are un interes real, legal și legitim în legătură cu procedura de atribuire a contractului pentru „Servicii de consultanță pentru restructurarea/reorganizarea tehnico financiară”;

-Are calitatea cerută de lege (practician în insolvență) și calificarea necesară pentru a presta activitățile avute în vedere în procedura de atribuire;

-Are intenția de a depune, în termenul stabilit în anunț, documentația de participare la procedura de atribuire.

În acest context, ofertantul afirmă că suferă și riscă să sufere prejudicii ca o consecință a demarării de către entitatea contractantă a unei proceduri de atribuire nelegală, cu încălcarea unor norme imperative și a unor principii statuate prin dispoziții legale imperative, care impune condiții excesiv de restrictive cu scopul de a restrângere libera concurență și posibilitatea agenților economici interesați de a participa cu șanse reale la procedura de selecție.

Referitor la capătul principal de cerere privind de atribuire pentru încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1, lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. 3, lit. d) din Legea 99/2016 și raportat la prevederile Legii nr. 85/2014, contestatorul învederează următoarele:

Procedura de achiziție este demarată cu încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. 3 lit. d) din Legea 99/2016 care stipulează în mod expres că NU se efectuează procedură de achiziție publică pentru astfel de servicii, fiind și incompatibilă achiziția publică de astfel de servicii, cu prevederile Legii nr. 85/2014 care stabilesc competența desemnării administratorului concordatar în sarcina exclusivă a instanțelor judecătorești, respectiv a judecătorului sindic.

Conform documentului intitulat Fișă de date, încărcat în SEAP, întreaga procedură de achiziție este întemeiată pe dispozițiile Legii 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Contestatorul afirmă că procedura prevăzută de Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale nu este aplicabilă obiectului achiziției; Legea 99/2016 pe dispozițiile căreia se întemeiază întreaga procedură de achiziție publică, prevede la art. 37:

„(1) Prezenta lege NU este aplicabilă pentru atribuirea contractelor sectoriale de servicii care au ca obiect:

(...)

d) oricare dintre serviciile juridice prevăzute la alin. (3);

(...)

(3) Serviciile juridice care fac obiectul alin. (1) lit. d) sunt următoarele:

d) servicii juridice furnizate de fiduciari sau administratori-sechestru ori alte servicii juridice furnizate de entități desemnate de o instanță judecătorească națională sau care sunt desemnați potrivit legislației în vigoare să îndeplinească sarcini specifice sub supra vegherea si controlul instanțelor judecătorești;"

Se arată că textul legal anterior menționat este o transpunere în legislația națională a articolului 10 Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice - Excluderi specifice pentru contractele de servicii:

„Prezenta directivă nu se aplică contractelor de achiziții publice de servicii care au ca obiect:

(...)

(d) oricare dintre următoarele servicii juridice:

(...)

(iv) serviciile juridice prestate de mandatar sau tutori desemnați ori alte servicii juridice ai căror furnizori sunt numiți de o instanță judecătorească din statul membru în cauză sau sunt desemnați prin lege să execute sarcini specifice sub supravegherea acestor instanțe judecătorești sau tribunale."

După cum se poate observa din dispozițiile Legii nr. 85/2014, administratorul concordatar este o „entitate” desemnată de către o instanță judecătorească națională (judecătorul sindic din cadrul Tribunalului) să îndeplinească sarcini specifice sub supravegherea și controlul instanțelor judecătorești (Tribunalul), iar demararea unei proceduri de achiziție publică pentru desemnarea administratorului concordatar încalcă, în opinia petentului, atât prevederile Legii 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cât și dispozițiile Directivei 2014/24/UE privind achizițiile publice.

Astfel cum rezultă din descrierea obiectului achiziției pe cele 2 etape anterior prezentate, Etapa a II a este reprezentată de desemnarea practicianului în insolvență care va îndeplini funcția de administrator concordatar, în administrarea procedurii concordatului preventiv, prevăzută de dispozițiile Legii 85/2014.

Conform dispozițiilor Legii 85/2014 *„concordatul preventiv este un contract încheiat între debitorul în dificultate financiară, pe de o parte, și creditorii care dețin cel puțin 75% din valoarea creanțelor acceptate și necontestate, pe de altă parte, omologat de judecătorul-sindic, contract prin care debitorul propune un plan de redresare și de realizare a creanțelor acestor creditori, iar creditorii acceptă să sprijine eforturile debitorului de depășire a dificultății în care se află."*

În conformitate cu dispozițiile art. 17 din Legea 85/2014: „Judecătorul-sindic are următoarele atribuții în procedura concordatului preventiv: a) să numească administratorul concordatar provizoriu”

Cu privire la desemnarea administratorului concordatar Legea 85/2014 statuează că:

Art. 23 (1) Orice debitor aflat în dificultate financiară, mai puțin cei excluși conform prevederilor art. 16, poate introduce la tribunalul competent o cerere de deschidere a procedurii de concordat preventiv. Prin cererea sa, debitorul propune un administrator concordatar provizoriu dintre practicienii în insolvență autorizați potrivit legii.

(2) Judecătorul-sindic numește administratorul concordatar provizoriu prin încheiere executorie.

Art. 26 (6) Prin proiectul de concordat preventiv, supus aprobării creditorilor, debitorul propune, de asemenea, confirmarea administratorului concordatar provizoriu, precum și onorariul acestuia pentru perioada ulterioară datei încheierii concordatului.

Astfel, după cum reiese din dispozițiile legale anterior citate, desemnarea administratorului concordatar:

- NU este un act unilateral al debitorului,
- NU poate fi realizată prin simpla manifestare de voință a umanelor de conducere ale debitorului aflat în dificultate financiar.
- Atât desemnarea administratorului concordatar, cât și stabilirea remunerației acestuia este supusă aprobării creditorilor, iar numirea administratorului concordatar este atributul exclusiv al judecătorului sindic.

Potrivit dispozițiilor din Legea 85/2014 judecătorul-sindic în procedura concordatului preventiv, NU are doar atribuția de a numi administratorul concordatar provizoriu (prin încheiere executorie), ci are, de asemenea și următoarele atribuții:

- să omologheze, la cererea administratorului concordatar, concordatul preventiv - art. 17 (prin încheiere pronunțată în camera de consiliu, de urgență și cu precădere, după citarea și ascultarea administratorului concordatar);

- să constate, la cererea oricărui creditor nesemnatar al concordatului preventiv, îndeplinirea condițiilor cerute pentru a fi înscris pe lista creditorilor ce au aderat la concordatul preventiv - art. 17;

- să dispună prin încheiere, potrivit prevederilor art. 18, suspendarea provizorie a executărilor silită contra debitorului, în baza ofertei de concordat preventiv formulate de debitor și transmise creditorilor - art. 17;

- să judece acțiunile în nulitate și în rezoluțiune a concordatului preventiv - art. 17;

- să stabilească, în sarcina administratorului concordatar îndeplinirea oricăror atribuții considerate necesare pentru bunul mers al procedurii concordatului preventiv - art. 19 lit. j;

- dispunând omologarea, judecătorul-sindic suspendă toate procedurile de executare silită - art. 30 al. 1;

- la cererea administratorului concordatar, sub condiția acordării de garanții creditorilor de către debitor, judecătorul-sindic poate impune

creditorilor nesemnatare ai concordatului preventiv un termen de maximum 18 luni de amânare a scadenței creanței lor. perioadă în care nu vor curge dobânzi, penalități, precum și orice alte cheltuieli aferente creanțelor - art. 30 al. 2;

- la cererea reclamantului, poate dispune, pe cale de ordonanță președințială, suspendarea concordatului preventiv - art. 34 al. 3;

- dacă procedura concordatului preventiv se finalizează cu succes, la termenul prevăzut în contract sau anterior acestuia, după caz, judecătorul-sindic va pronunța o încheiere prin care va constata realizarea obiectului concordatului preventiv. În acest caz, modificările creanțelor prevăzute în concordatul preventiv rămân definitive - art. 36, al. 1;

- în cazul în care în cursul derulării procedurii, înainte de expirarea termenului prevăzut la art. 24 alin. (4), administratorul concordatar apreciază că este imposibilă realizarea obiectivelor concordatului din motive neimputabile debitorului, poate cere judecătorului-sindic constatarea nereușitei concordatului preventiv și închiderea procedurii - art. 36, al. 2.

Din toate dispozițiile legale mai sus citate, rezultă în mod expres faptul că :

- administratorul concordatar este o entitate desemnată de o instanță judecătorească;

- administratorul concordatar este o entitate desemnată potrivit legislației naționale speciale, respectiv potrivit Legii nr. 85/2014;

- administratorul concordatar este o entitate care îndeplinește sarcini specifice sub supravegherea și controlul instanțelor judecătorești astfel că procedura de achiziție este demarată cu încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit, d), raportat la prevederile art. 37 alin. 3 lit. d) din Legea 99/2016 care stipulează în mod expres că NU se efectuează procedură de achiziție publică pentru astfel de servicii, fiind și incompatibilă achiziția publică de astfel de servicii, cu prevederile Legii nr. 85/2014 care stabilesc competența desemnării administratorului concordatar în sarcina exclusivă a instanțelor judecătorești, respectiv a judecătorului sindic.

Contestatorul face precizarea că raportul între administratorul concordatar și debitoare nu este un raport contractual, motivând următoarele.

În conformitate cu dispozițiile art. 23 alin. 1 din Legea 85/2014 prin cererea sa, debitorul propune un administrator concordatar provizoriu dintre practicienii în insolvență autorizați potrivit legii, iar potrivit alineatului 2 al aceluiași articol judecătorul-sindic numește administratorul concordatar provizoriu prin încheiere executorie.

Astfel, mandatul administratorului concordatar este acordat, conform legii și în baza unui act emis de o instanță judecătorească, NU în baza unui contract încheiat între debitor și administratorul concordatar propus/numit, respectiv în baza încheierii executorii pronunțate de către judecătorul sindic.

Încheierea unui contract între administratorul concordatar propus/numit și debitoare ar fi profund nelegală, în opinia petentului întrucât, raportul între administratorul concordatar (practician în

insolvență) și debitoare nu este unul contractual, mandatul acestuia avându-și izvorul în încheierea executorie pronunțată de judecătorul sindic, atribuțiile "prestatorului" solicitat prin achiziție publică de către, fiind de fapt prevăzute în lege și în încheierile emise de judecătorul sindic.

Contestatorul se întreabă retoric, dacă judecătorul sindic ar dispune administratorului concordatar să efectueze anumite acte de procedură care ar contraveni contractului încheiat între administratorul concordatar și debitoare (entitatea contractantă), dacă nu s-ar ajunge în situația în care beneficiarul ar putea invoca nerespectarea prevederilor contractuale de către prestator, deși acesta ar îndeplini întocmai dispozițiile judecătorului sindic.

Se menționează că drepturile și obligațiile administratorului concordatar nu sunt și nu pot fi prevăzute într-un contract încheiat între părți, acestea avându-și izvorul și temeiul în dispozițiile legale aplicabile (Legea 85/2014).

Activitatea practicianului în insolvență, în exercitarea atribuțiilor ce îi revin în temeiul Legii 85/2014, nu este și nu poate fi reglementată de un contract încheiat cu un debitor, ci este reglementată de prevederile OUG 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență.

Statutul privind organizarea și exercitarea profesiei de practician în insolvență și Codul privind conduita etică.

Practicianul în insolvență este supus exclusiv controlului judecătorului sindic și are atribuții stabilite în sarcina sa exclusiv prin reglementările legale (Legea 85/2014) și de judecătorul sindic, nu impuse de debitor prin caietul de sarcini sau prin contractul încheiat între părți.

În acest context, întreaga procedură de atribuire a contractului este, în opinia contestatorului, profund nelegală, în condițiile în care, dacă s-ar încheia un contract între debitor (entitatea contractantă) și administratorul concordatar, s-ar ajunge la situația în care administratorul concordatar (practicianul în insolvență desemnat în urma achiziției publice) ar fi în raporturi de subordonare cu clientul său (entitatea contractantă), fiind un prestator al acesteia, caz în care s-ar încălca independența și imparțialitatea administratorului concordatar față de toți participanții la procedură.

Contestatorul apreciază că entitatea contractantă nu își poate asuma faptul că va duce la îndeplinire contractul și graficul de prestare servicii și plăți anexate caietului de sarcini, argumentând următoarele:

Conform dispozițiilor art. 23 alin. 1 din Legea 85/2014 în termen de 30 de zile de la numirea sa, administratorul concordatar elaborează, împreună cu debitorul lista creditorilor și oferta de concordat preventiv.

Conform dispozițiilor art. 24 alin. 6 din Legea 85/2014 prin proiectul de concordat preventiv, supus aprobării creditorilor, debitorul propune, de asemenea, confirmarea administratorului concordatar provizoriu, precum și onorariul acestuia pentru perioada ulterioară datei încheierii concordatului.

Conform dispozițiilor art. 27 alin. 1 din Legea 85/2014 asupra ofertei de concordat preventiv, cu eventualele amendamente rezultate în urma negocierilor, creditorii votează, în principiu, prin corespondentă. Votul

creditorilor se trimite prin mijloace de comunicare rapidă pe adresa debitorului, în termen de maximum 60 de zile calendaristice calculate de la data primirii ofertei de concordat preventiv. Votul favorabil necondiționat asupra concordatului preventiv are valoare de acceptare a concordatului. Orice condiționare a votului este considerată vot negativ.

Astfel, ulterior desemnării de către judecătorul sindic în calitate de administrator concordatar provizoriu și întocmirea ofertei de concordat preventiv, urmează o nouă etapă, cea a negocierilor cu creditorii, care au dreptul de a formula amendamente cu privire la aceasta.

Ducând acest raționament până la capăt, petentul opinează că entitatea contractantă s-ar putea afla în situația de a fi nevoită, urmare a voturilor exprimate de creditorii, de a fi obligată atât la achitarea prețului contractului încheiat cu adjudecatarul procedurii de achiziție publică, cât și onorariul practicianului în insolvență desemnat în calitate de administrator concordatar. Această situație ar fi extrem de păguboasă atât pentru debitor (entitatea contractantă) cât și pentru creditorii, întrucât onorariul se suportă din fondurile debitorului. În plus, astfel s-ar eluda dreptul creditorilor de a stabili remunerația administratorului concordatar.

Având în vedere faptul că proiectul de concordat preventiv, supus aprobării creditorilor, cuprinde și propunerea debitorului de confirmare a administratorului concordatar provizoriu și a onorariului acestuia pentru perioada ulterioară datei încheierii concordatului, este evident pentru contestator că se pot formula amendamente de către creditorii și cu privire la aceste aspecte.

Ulterior negocierilor, creditorii sunt chemați, potrivit prevederilor legale, ca într-un termen de 60 de zile calendaristice calculate de la data primirii ofertei de concordat preventiv, să voteze prin corespondență asupra ofertei de concordat preventiv, cu eventualele amendamente rezultate în urma negocierilor.

Potrivit dispozițiilor art. 28 alin. 1 din Legea 85/2014 după aprobarea concordatului de către creditorii, administratorul concordatar solicită judecătorului-sindic să omologheze concordatul preventiv. Judecătorul-sindic omologhează concordatul preventiv prin încheiere pronunțată în camera de consiliu, de urgență și cu precădere, după citarea și ascultarea administratorului concordatar.

Conform celor de mai sus, rezultă că procedura legală de desemnare a administratorului concordatar și de stabilire a remunerației acestuia trebuie să se desfășoare în următoarele etape:

- debitorul propune un administrator concordatar provizoriu dintre practicienii în insolvență autorizați potrivit legii;
- judecătorul-sindic numește administratorul concordatar provizoriu prin încheiere executorie;
- prin proiectul de concordat preventiv, supus aprobării creditorilor, debitorul propune, de asemenea, confirmarea administratorului concordatar provizoriu, precum și onorariul acestuia pentru perioada ulterioară datei încheierii concordatului;

- creditorii votează asupra ofertei de concordat preventiv (inclusiv asupra confirmării administratorului concordatar și asupra remunerației acestuia);

- judecătorul-sindic omologhează concordatul preventiv prin încheiere pronunțată în camera de consiliu, de urgență și cu precădere.

Având în vedere aceste etape, care trebuie parcurse în mod obligatoriu pentru omologarea valabilă a concordatului preventiv, contestatorul afirmă că entitatea contractantă (.....) NU își poate asuma încheierea în mod valabil a unui contract, prin intermediul căruia să își asume obligații pentru întreaga perioadă de desfasurare a procedurii de concordat preventiv, având în vedere că :

a) pe de-o parte, creditorii pot vota alt administrator concordatar, caz în care am fi în situația încetării contractului, iar Contractul sectorial de servicii propus în cadrul documentației de atribuire NU prevede o astfel de situație de încetare a contractului,

b) pe de altă parte, creditorii pot vota un alt onorariu pentru administratorul concordatar, situație în care oferta financiară a adjudecatarului licitației ar fi lipsită de efecte dacă un astfel de vot ar conduce la o majorare sau diminuare a onorariului. Entitatea contractantă nu își poate asuma să achite o eventuală diferență către administratorul concordatar dacă creditorii ar vota o diminuare a onorariului propus, pentru că s-ar încălca planul de restructurare și de plăți aprobat de către creditorii, fiind în fapt o încălcare a concordatului omologat de judecătorul sindic.

Drept urmare, în baza tuturor argumentelor expuse anterior, petentul apreciază că asumarea de către entitatea contractantă a plății unei sume cu titlu de onorariu (deși aceasta este în incapacitate de plată), sau confirmarea administratorului concordatar, este în total dezacord cu prevederile legale care reglementează procedura concordatului preventiv.

Cu privire la graficul de prestare servicii și plăți (euro, fără TVA) - anexă la caietul de sarcini, la formularul de ofertă și la contract, cât și la punctul 8 din caietul de sarcini, contestatorul menționează următoarele :

La punctul 8 al caietului de sarcini, intitulat *Modalitate de plată*, reprezentanții entității contractante precizează că: „*Pentru activitatea prestată, plata serviciului prestat se va face în lei, la cursul BNR din data emiterii facturii. Plata avansului este condiționată de prezentarea de către prestator a unei garanții de restituire a avansului care să acopere valoarea sumei plătite în avans.*”

Contestatorul precizează faptul că în conformitate cu prevederile Legii 85/2014, art. 20, onorariul administratorului concordatar se propune prin proiectul de concordat și se stabilește prin concordatul preventiv, iar suma va fi suportată din fondul debitoare (entității contractante). Așadar, onorariul care urmează a fi încasat de administrator este indicat în proiectul pentru concordat și este aprobat de creditorii semnatori ai concordatului, urmând doar a fi achitat din fondul debitorului (în prezenta cauză, entitatea contractantă). Nici unde în cuprinsul Legii 85/2014 nu este stipulat faptul că debitorul ar putea decide asupra cuantumului onorariului sau a metodei de plată.

Se arată că graficul de plăți NU poate fi asumat de către debitoare decât în ceea ce privește Etapa 1 - analiza preliminară a situației economico-financiară a societății și asistența la stabilirea strategiei pentru restructurarea activității companiei prin recurgerea la procedura concordatului preventiv. Această analiză va stabili și dacă sunt îndeplinite condițiile de eligibilitate prevăzute de Legea 85/2014 pentru deschiderea procedurii de concordat preventiv, respectiv dacă achizitorul este debitor aliat în dificultate financiară.

Contestatorul subliniază că pentru Etapa II acesta NU poate fi asumat de către, având în vedere următoarele considerente:

Potrivit „Notei” prevăzute la punctul 2 - Obiectul achiziției - Etapa 1 din caietul de sarcini:

„Urmare a concluziilor rezultate din analiza efectuată de prestator în etapa I, prin Hotărâre a Adunării Generale a Acționarilor se va decide cu privire la intrarea achizitorului în procedura de concordat preventiv și se va desemna prestatorul ca administrator concordatar provizoriu.”

Astfel, în situația în care prin Hotărârea Adunării Generale a Acționarilor nu se va decide cu privire la intrarea achizitorului în procedura de concordat preventiv următoarele puncte ale contractului/graficului sunt lipsite de obiect, întrucât nu se va mai pune problema elaborării cererii de deschidere a procedurii și a etapelor subsecvente, ori contractul din cadrul documentației de atribuire, nu prevede încetarea contractului într-o astfel de situație.

Chiar și în situația în care, urmare a concluziilor rezultate din analiza efectuată de prestator în etapa I, prin Hotărâre a Adunării Generale a Acționarilor se va decide cu privire la intrarea achizitorului în procedura de concordat preventiv, debitoarea își poate asuma cel mult achitarea onorariului pentru elaborarea cererii de deschidere a procedurii concordatului preventiv, această etapă fiind anterioară deschiderii procedurii de către judecătorul sindic. Subsecvent acestei etape, stabilirea remunerației administratorului concordatar nu este atributul debitoarei.

Având în vedere faptul că prin însuși caietul de sarcini se face vorbire de necesitatea unei hotărâri AGA, prin intermediul căreia să se hotărască deschiderea procedurii de concordat preventiv, contestatorul învederează faptul că acționarilor le-ar fi luat dreptul de a propune un administrator concordatar, altul decât cel ales prin caietul de sarcini, care nu a fost supus aprobării acționarilor.

Subsecvent pronunțării de către judecătorul sindic a încheierii de numire a administratorului concordatar provizoriu, atât confirmarea acestuia, cât și stabilirea remunerației acestuia NU mai sunt în competența debitoarei, decât la nivel de propunere, fiind supuse aprobării creditorilor și omologării de către judecătorul sindic.

Mai mult, formularea *„prin Hotărâre a Adunării Generale a Acționarilor (...) se va desemna prestatorul ca administrator concordatar provizoriu”*, este în viziunea petentului profund nelegală, fiind în vădită contradicție cu prevederile art. 23 alin. 2 din Legea 85/2014, potrivit căroră *„judecătorul-sindic numește administratorul concordatar provizoriu prin încheiere executorie”*. Astfel, contestatorul susține că Legea dă

dreptul debitoarei doar să propună un administrator concordatar, numirea unui administrator concordatar provizoriu, fiind atributul exclusiv al judecătorului sindic, prin încheiere executorie, entitatea contractantă arogându-și din atribuțiile instanței judecătorești.

Având în vedere considerentele expuse anterior, contestatorul solicită Consiliului să constate că entitatea contractantă (.....) NU își poate asuma încheierea în mod valabil a unui contract, prin intermediul căruia să își asume obligații pentru întreaga perioadă de desfășurare a procedurii de concordat preventiv, la fel cum NU își poate asuma nici efectuarea plăților conform graficului de prestare de serviciu și plăți, deoarece practicianul în insolvență poate să nu fie confirmat, ori onorariul acestuia poate fi majorat sau micșorat de către creditori.

În concluzie, având în vedere că întreaga procedură de achiziție este demarată cu încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. 3 lit. d) din Legea 99/2016 care stipulează în mod expres că nu se efectuează procedură de achiziție publică pentru astfel de servicii, achiziția publică de astfel de servicii fiind și incompatibilă cu prevederile Legii nr. 85/2014, care stabilesc competența desemnării administratorului concordatar în sarcina exclusivă a instanțelor judecătorești, respectiv a judecătorului sindic, contestatorul solicită de atribuire pentru încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. 3 lit. d) din Legea 99/2016 și raportat la prevederile Legii nr. 85/2014.

În ceea ce privește capătul de cerere subsidiar I privind obligarea entității contractante la remedierea întregii proceduri de atribuire, în sensul eliminării etapei II de la pct. 2 obiectul achiziției din caietul de sarcini și din toate documentele subsecvente pentru încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. 3 lit. d) din Legea 99/2016, contestatorul afirmă următoarele:

În măsura în care Consiliul va considera că NU se impune anularea în tot a procedurii de achiziție pentru argumentele de la capătul principal de cerere și că s-ar putea remedia procedura de atribuire doar în sensul eliminării etapei 2 din obiectul achiziției, contestatorul solicită a fi avute în vedere toate argumentele expuse la capătul principal de cerere la soluționarea acestui capăt de cerere subsidiar, deoarece acestea se referă majoritar la etapa II din cadrul obiectului achiziției.

Suplimentar, petentul consideră că se impune eliminarea etapei II din obiectul achiziției și din cauza creării unei stări de incompatibilitate între adjudecatar, care va asigura serviciile de la etapa 1, și practicianul în insolvență desemnat pentru efectuarea etapei 2, dacă acesta va fi una și aceeași persoană conform procedurii de achiziție publică demarată de entitatea contractantă.

Practic, ofertantul susține că etapa I și pct. 1) al etapei II - Elaborarea cererii de deschidere a procedurii de concordat preventiv, conform art. 23 din Legea 85/2014 reprezintă activități de consultanță, care pot fi realizate pe temei contractual, în baza încheierii unui contract de prestări servicii între părți.

Subsecvent numirii administratorului concordatar provizoriu de către judecătorul sindic, prin încheiere executorie, mandatul administratorului

concordatar își are izvorul exclusiv în această încheiere, fiind părăsit tărâmul contractual.

Pentru activitățile avute în vedere etapa I și pct. 1) al etapei II nu există nicio prevedere legală care să impună obligativitatea prestării serviciului de către un practician în insolvență, în schimb, în ceea ce privește calitatea de administrator concordatar prevederile legale sunt clare, acesta putând fi propus doar dintre practicienii în insolvență autorizați potrivit legii.

Mandatul, precum și atribuțiile administratorului concordatar încep la momentul numirii sale de către judecătorul sindic.

Potrivit dispozițiilor art. 28 din OUG 86/2006 *„Nu poate fi desemnat ca administrator judiciar sau lichidator ori delegat permanent al unei forme de exercitare a profesiei practicianul în insolvență persoană fizică care a avut, într-o perioadă de 2 ani anterioară datei pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii, calitatea de: avocat, consilier juridic, auditor financiar, expert contabil, contabil autorizat al persoanei juridice sau a fost numit ca evaluator, arbitru, mediator, expert judiciar, expert tehnic într-o cauză privind acea persoană juridică.”*

Conform acestor prevederi legale, contestatorul apreciază că persoana/persoanele fizice/juridice care au acordat consultanță și au adus la îndeplinire etapa I și pct. 1) al etapei II - Elaborarea cererii de deschidere a procedurii de concordat preventiv din obiectul achiziției NU ar putea fi desemnată/e în calitate de administrator concordatar al Societății

Scopul dispozițiilor art. 28 din OUG 86/2006 este tocmai acela de a asigura obiectivitatea și imparțialitatea practicianului în insolvență în exercitarea atribuțiilor stabilite în sarcina sa de Legea 85/2014. Ori, o colaborare a acestuia cu debitoarea, anterior deschiderii procedurii de către Tribunal, implicarea în realizarea studiilor de piață, în realizarea unei analize preliminare a situației economico-financiare a societății, acordarea de asistență la stabilirea strategiei pentru restructurarea activității companiei ar fi de natură să afecteze tocmai această imparțialitate, atât de importantă în realizarea atribuțiilor stabilite în sarcina sa de dispozițiile art. 19 din Legea 85/2014.

În acest context, petentul apreciază că organizarea unei proceduri de achiziției publice, având ca obiect desemnarea unui singur „prestator”, care să aducă la îndeplinire, atât sarcinile prevăzute pentru etapa 1, cât și cele avute în vedere pentru etapa 2 este profund nelegală, creând o stare de incompatibilitate și afectând imparțialitatea administratorului concordatar (practicianului în insolvență).

Pe de altă parte, consideră petentul nelegală prestabilirea etapei 2 ca fiind o asistență într-o procedură de concordat preventiv, în condițiile în care din analiza financiară de la etapa 1 ar putea rezulta o stare de insolvență a autorității contractante, și nu doar una de dificultate financiară.

Conform pct. 3 din Caietul de sarcini nr. 2852/08.02.2021 privind scopul achiziției publice demarată de către entitatea contractantă, prin procedura de atribuire contestată, aceasta urmărește restructurarea

financiară prin procedura inițierii unui concordat preventiv, în conformitate cu prevederile Legii nr. 85/2014, precum și negocierea cu creditorii societății.

Contestatorul solicită Consiliului să observe că scopul enunțat în cuprinsul caietului de sarcini nr. 2852/08.02.2021 contravine scopului pentru care a fost instituită Legea nr. 99/2016 (respectiv necesitatea de a se asigura cadrulul legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială) și nu poate justifica demararea procedurii de achiziție publică în această formă, în condițiile în care din analiza efectuată în etapa 1 ar rezulta că entitatea contractantă are obligația de a se supune procedurii insolvenței, raportat la starea de insolvență iminentă în care se găsește aceasta în prezent, situație în care prestabilirea etapei II ca fiind concordat preventiv, lipsește de sens etapa I, rezultatul analizei de la etapa I fiind prestabilit în sarcina prestatorului.

Deși în cuprinsul Caietului de sarcini la pct. 3 privind scopul achiziției publice se arată faptul că în prezent societatea se află în dificultate financiară, iar scopul demarării procedurii de achiziție publică îl reprezintă acela de a-și restructura activitatea financiară prin procedura concordatului preventiv, raportat la prevederile Legii nr. 85/2014, contestatorul susține că analiza financiară ar putea concluziona faptul că entitatea contractantă se află mai degrabă în stare de insolvență iminentă, iar nu de dificultate financiară, caz în care calea legală de urmat este deschiderea procedurii insolvenței, și nu a procedurii concordatului preventiv.

Potrivit art. 5 pct. 27 din Legea nr. 85/2014: *„debitor în dificultate financiară este debitorul care, deși execută sau este capabil să execute obligațiile exigibile, are un grad de lichiditate pe termen scurt redus și/sau un grad de îndatorare pe termen lung ridicat, ce pot afecta îndeplinirea obligațiilor contractuale în raport cu resursele generate din activitatea operațională sau cu resursele atrase prin activitatea financiară.”*

În schimb, art. 5 pct. 29 din Legea nr. 85/2014 definește insolvența drept *„acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile, astfel:*

a) *insolvența debitorului se prezumă atunci când acesta, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor: prezumția este relativă:*

b) *insolvența este iminentă atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței”.*

Așadar, se observă faptul că Legea nr. 85/2014 face o distincție clară între noțiune de dificultate financiară și cea de insolvență iminentă, iar din analiza financiară efectuată în etapa 1, ar putea rezulta că entitatea contractantă are obligația de a se supune procedurii de insolvență, respectiv obligația de a adresa tribunalului o cerere pentru a fi supusă dispozițiilor Legii nr. 85/2014, astfel cum rezultă din prevederile art. 66 alin. (1) din Legea nr. 85/2014.

Cu privire la importanța și necesitatea supunerii entității contractante procedurii insolvenței în cazul în care aceasta ar fi concluzia analizei financiare efectuate în etapa 1, în locul procedurii concordatului preventiv, petentul învederează și consecințele deosebit de grave pe care le-ar avea asupra posibilității acesteia de a propune un plan de reorganizare, în situația în care ar eșua procedura de concordat preventiv.

În acest sens, dispozițiile art. 36 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 prevăd următoarele: *„în cazul în care în cursul derulării procedurii, înainte de expirarea termenului prevăzut la art. 24 alin. (4), administratorul concordatar apreciază că este imposibilă realizarea obiectivelor concordatului din motive neimputabile debitorului, poate cere judecătorului -sindic constatarea nereușitei concordatului preventiv și închiderea procedurii”.*

În continuare, art. 132 pct. 4 din Legea nr. 85/2014 stabilește: *„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 și nici debitorul care, el însuși, administratorii, directorii și/sau acționarii/asociații/asociații comanditari ai acestuia care dețin controlul asupra sa, au fost condamnați definitiv pentru săvârșirea unei infracțiuni intenționate contra patrimoniului, de corupție și de serviciu, de fals, precum și pentru infracțiunile prevăzute de Legea nr. 22/1969, cu modificările ulterioare, Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare.*

Legea contabilității nr. 82/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, Legea nr. 78/2000, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 656/2002, republicată, cu modificările ulterioare, Legea nr. 571/2003, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, cu modificările și completările ulterioare, și infracțiunile prevăzute de prezenta lege, în ultimii 5 ani anterior deschiderii procedurii”.

Prin urmare, un eventual eșec al procedurii concordatului preventiv va conduce la imposibilitatea entității contractante de a propune un plan de reorganizare și în cazul intrării în faliment, la valorificarea bunurilor mobile și imobile aflate în patrimoniul acesteia, fără ca astfel să își atingă scopul enunțat în cuprinsul caietului de sarcini, respectiv acela al restructurării financiare.

Astfel, practicianul în insolvență contractat prin procedura de achiziție publică, nu va avea un rol real de consultant pentru alegerea căii legale de urmat pe baza concluziilor analizei financiare, fiind prestabilită concluzia pe care acesta trebuie să o aibă în urma acesteia, afectând astfel independența practicianului în exercitarea profesiei și furnizării concluziilor sale profesionale proprii, putând conduce la emiterea unei opinii netemeinice și nelegale.

În concluzie, în cazul în care nu se dispune anularea în tot a procedurii, contestatorul solicită obligarea entității contractante la remedierea întregii proceduri de atribuire, în sensul eliminării etapei II de la pct. 2 obiectul achiziției din caietul de sarcini și din toate documentele

subsecvente pentru încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. 3 lit. d) din Legea 99/2016, raportat și la prevederile Legii nr. 85/2014 și ale OUG nr. 86/2006, pentru a aduce în acord cu prevederile legale procedura de achiziție, limitând achiziția strict la serviciile care fac obiectul etapei 1 din obiectul contractului și eventual cel mult la pct. 1) al etapei II.

În ceea ce privește capătul de cerere subsidiar II privind obligarea obligarea entității contractante la remedierea documentației de înscriere la procedura de achiziție publică, astfel încât să permită derularea procedurii de selecție/ achiziție publică în condiții de concurență reală, prin asigurarea posibilității participării la procedura de selecție/ achiziție publică a tuturor agenților economici interesați și în sensul înlăturării aspectelor nelegale din aceasta, contestatorul apreciază că caietul de sarcini a fost creat astfel încât să fie dedicat unui singur practician în insolvență din România (KPMG).

Conform art. 2 alin. 2 din Legea nr. 99/2016 :

Principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale și a organizării concursurilor de soluții sunt:

- a) nediscriminarea;
- b) tratamentul egal;
- c) recunoașterea reciprocă;
- d) transparența;
- e) proporționalitatea;
- f) asumarea răspunderii.

Contestatorul susține că entitatea contractantă încalcă dreptul practicienilor în insolvență cu experiență similară de a participa la licitație, realizând caietul de sarcini astfel încât, prin coroborarea tuturor cerințelor, doar un singur practician în insolvență (respectiv KPMG) ar putea îndeplini toate cerințele, astfel cum rezultă din cele expuse mai jos:

a. Necesitatea demonstrării „experienței similare” din care cel puțin un concordat omologat pentru firme înregistrate în România, fiind în fapt o solicitare de experiență identică, fără posibilitate prin echivalent

Un criteriu de calificare se referă la dovedirea experienței similare în minim 2 proiecte mari de restructurare (cel puțin un concordat omologat pentru firme înregistrate în România și care au sediul în România) în ultimii 3 ani, pentru o valoare minimă a pasivului de 250 milioane de lei fiecare.

Contestatorul arată faptul că noțiunea de „experiență similară” nu este interpretabilă ca „experiență identică” iar solicitarea unei experiențe identice reprezintă o restricționare a participării la procedura de achiziție publică, cu încălcarea principiului nediscriminării, tratamentul egal și al recunoașterii reciproce prevăzute de lege.

Se menționează de către petent faptul că scopul legislației în materia achizițiilor publice este de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentul egal și nediscriminatoriu, în conformitate cu prevederile art. 2 din Legea nr. 99/2016.

Art. 166 alin. 1 lit. b), raportat la prevederile alin. 3 și 4 din Legea nr. 99/2016, prevede că ori de câte ori se stabilec specificații tehnice, trebuie să existe în mod obligatoriu mențiunea "sau echivalent".

Prin stabilirea obligativității existenței în portofoliu a minim unei proceduri omologate de concordat preventiv, se realizează în fapt o precizare a anumitor prestatori și a unui anumit procedeu care caracterizează serviciile furnizate, având ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici, cât timp experiență similară (ori în sensul legii, sau echivalentă) o reprezintă și restructurarea prin procedura reorganizării judiciare.

Potrivit art. 1 din Ordinul Președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție:

- nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea lor se vor limita numai la acele strict necesare pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului;

- nu se vor impune condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu ceea ce urmează a se achiziționa.

În anexa nr. 1 la Ordinul Președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, se precizează că este restrictivă solicitarea de demonstrare a experienței similare prin fixarea unui nr. MINIM de contracte/recomandări sau nr. FIX.

În același ordin se dau ca exemplu a cerințelor nerestrictive privind documentația de atribuire/ anunțul de participare/ invitație de participare următoarele:

„a) O listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați

- *prezentarea cel puțin a unui document/contract/proces-verbal de recepție sau a unui număr maxim de documente/contracte/procese-verbale de recepție care să confirme prestarea de servicii în valoare de*

NOTE:

1. Valoarea solicitată de autoritatea contractantă trebuie să fie mai mică sau egală cu valoarea estimată.

2. Nu se poate solicita îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ.”

De asemenea, conform Tratatului privind Funcționarea Uniunii Europene, art. 49 și 56, *condițiile cumulative pe care trebuie să le îndeplinească, în general, măsurile naționale ce pot limita sau ce pot face mai puțin atractiv exercițiul libertăților fundamentale garantate prin Tratat, respectiv condițiile cumulative pe care trebuie să le îndeplinească, ca orice măsură națională, un factor de evaluare impus de entitatea contractantă sunt următoarele:*

- a) măsura națională trebuie să se aplice în mod nediscriminatoriu;*
- b) măsura națională trebuie să fie justificată de motive imperative de interes general;*

c) *măsura națională trebuie să fie adecvată pentru atingerea scopului urmărit:*

d) *măsura națională nu trebuie să meargă dincolo de ceea ce este necesar pentru atingerea scopului urmărit.*

În consecință, este evident pentru petent faptul că prin indicarea acestor cerințe, entitatea contractantă restrânge în mod abuziv accesul persoanelor interesate la procedura de achiziție publică, ceea ce inevitabil conduce la restrângerea concurenței. Totodată, sunt încălcate prevederile art. 166 alin. (1) lit. a) și b) care stabilesc faptul că *„în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificațiile tehnice se pot stabili prin trimitere la specificații tehnice sau acestea vor fi însoțite de mențiunea "sau echivalent"”*. Astfel, în înțelesul prezentului articol, echivalent al experienței similare într-o procedură de concordat preventiv este experiența într-o procedură de reorganizare judiciară.

Astfel, contestatorul apreciază că, prin solicitarea demonstrării experienței similare, care, în realitate este demonstrarea experienței identice, entitatea contractantă, nu respectă normele legale aplicabile, restrângând în această manieră accesul majorității operatorilor economici din piața practicienilor în insolvență la procedura de achiziție publică organizată, deoarece în România, au fost supuse procedurii de concordat preventiv doar 3 societăți care s-ar încadra în criteriu valoric solicitat de (o valoarea minimă a pasivului de 250 milioane de lei) și anume:

- Blue Air Aviation SA - concordat gestionat de societatea KPMG România.
- ADM Farm - concordat gestionat de societatea ZRP Insolvency și
- CFR Marfă SA - concordat gestionat de societatea CITR.

Drept urmare, la o simplă verificare a acestei condiții se poate observa că NU există mai mult de 3 profesioniști în domeniul insolvenței/ practicieni în insolvență care să îndeplinească această cerință, în condițiile în care experiența similară poate fi justificată și prin reorganizarea în cadrul procedurii insolvenței (cele 2 proceduri, concordat preventiv și reorganizare judiciară fiind reglementate în aceeași lege).

b. Accesul la bune practici europene și apartenența la un grup internațional - condiție discriminatorie pentru operatorii economici români

În ceea ce privește persoanele cheie, caietul de sarcini prevede obligativitatea în sarcina ofertantului de a face dovada că are *„experiență și acces la bune practici europene în gestionarea companiilor deținute de autorități publice locale, dovedită fie prin apartenența la un grup internațional care are proiecte similare în portofoliu, fie prin experiența membrilor echipei în proiecte similare.”*

Contestatorul apreciază că această cerință încalcă principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale și a organizării concursurilor de soluții prevăzute la art. 2 din legea 99/2016, respectiv nediscriminarea și tratamentul egal, creând un tratament preferențial pentru societățile care pot face dovada apartenenței la un „grup internațional” sau care pot face dovada că membrii lor au tăcut parte dintr-un „grup internațional”.

În contextul în care se are în vedere atribuirea unor servicii prestate exclusiv pe teritoriul României, guvernate exclusiv de legea română, sub jurisdicția exclusivă a instanțelor judecătorești din România, petentul consideră că nu există nicio justificare pentru care apartenența ofertantului sau a membrilor echipei sale la un „grup internațional” ar trebui să constituie un avantaj sau mai mult, o condiție eliminatorie.

Potrivit dispozițiilor art. 62 din Legea 99/2016 entitățile contractante au obligația să respecte toate principiile conform art. 2 alin. (2), în mod special un tratament egal și nediscriminatoriu, și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională, iar o astfel de solicitare încalcă principiul proportionalității și de fapt reduce numărul posibil al ofertanților la unul singur, respectiv la KPMG, raportându-ne și la cerința existenței unui concordat preventiv omologat tratată anterior, în condițiile în care ceilalți 2 (CITR și ZRP INSOLVECY) nu au nici aceștia apartenență la un grup internațional.

Cu privire la factorul de evaluare,

a. Imposibilitatea obținerii punctajului maxim pentru experiență, contestatorul afirmă că Caietul de sarcini prevede:

Experiența personalului cheie „se compune din suma experienței dovedite pentru fiecare specialitate care ia în considerare: experiența în domeniul juridic (consilier juridic), în domeniul financiar (analist financiar) în domeniul bussiness (analist bussiness)

Pondere=60%

Punctaj =60 este punctajul maxim posibil."

De asemenea se indică faptul că punctajul maxim alocat este de 20 de puncte pentru fiecare persoană cheie.

„Punctajul aferent experienței experților cheie se va acorda pentru fiecare în parte, astfel:

1. Pentru experiența constând în implicarea în 1 sau 2 proiecte/studii se acordă $\frac{1}{4}$ din punctajul maxim alocat;

2. Pentru experiența constând în implicarea în 3 sau 4 proiecte/studii se acordă $\frac{1}{2}$ din punctajul maxim alocat;

3. Pentru experiența constând în implicarea în 5 sau 6 proiecte/studii se acordă $\frac{3}{4}$ din punctajul maxim alocat;."

Contestatorul observă că nu este prevăzut în cuprinsul caietului de sarcini dacă și în ce condiții se poate obține punctajul maxim alocat pentru personalul cheie, fiind o limitare la $\frac{3}{4}$ din punctajul maxim alocat în criteriile stabilite.

b. Contestatorul afirmă că specializarea solicitată personalului cheie nu corespunde clasificării ocupațiilor din România (COR) arătând următoarele:

Pentru dovedirea experienței în domeniul juridic se are în vedere ocupația de consilier juridic; această ocupație se regăsește în Clasificarea ocupațiilor din România având codul 261103;

Pentru dovedirea experienței în domeniul financiar se are în vedere ocupația de analist financiar; această ocupație se regăsește în Clasificarea ocupațiilor din România având codul 241305;

Pentru dovedirea experienței în domeniul bussiness se are în vedere ocupația de analist bussiness; această ocupație nu se regăsește în Clasificarea ocupațiilor din România.

Hotărârea nr. 1352 din 23 decembrie 2010 privind aprobarea structurii Clasificării ocupațiilor din România - nivel grupă de bază, conform Clasificării internaționale standard a ocupațiilor - ISCO 08*) prevede la art. 2: *„Clasificarea ocupațiilor din România, denumită în continuare COR, este clasificarea de interes general ce asigură identificarea, ierarhizarea și codificarea ocupațiilor din economia României”*.

Potrivit art. 8 din aceeași hotărâre: *„Clasificarea ocupațiilor din România se aplică în toate domeniile de activitate economică și socială și este obligatorie pentru toate organele administrației publice centrale și locale, unități bugetare, operatori economici, indiferent de forma de proprietate, organizații patronale, sindicale, profesionale și politice, fundații, asociații și alte persoane fizice și juridice care își desfășoară activitatea pe teritoriul României, la completarea documentelor oficiale ori de câte ori se cere precizarea ocupației”*.

Având în vedere caracterul obligatoriu al clasificării ocupațiilor din România, solicitarea de a se face dovada de către prestator că are personal calificat în ocupația „ANALIST BUSSINESS”, ocupație care nu este prevăzută de legislația în vigoare, apare în opinia petentului ca o condiție imposibil de realizat.

c. Un alt aspect discutabil, cu privire la dovedirea experienței persoanelor cheie, este că se solicită a se dovedi implicarea acestora prin scrisori de recomandare a foști/actuali clienți.

Ori, contestatorul apreciază că acest mod de a se dovedi experiența nu este compatibil cu natura activității practicianului în insolvență.

Activitatea practicianului în insolvență nu este supusă controlului sau evaluării debitorilor a căror procedură prevăzută de Legea 85/2014 o administrează, ci este supusă exclusiv controlului judecătorului sindic din cadrul Tribunalului de la sediul debitoarei și Curții de Apel (ca instanță de apel).

De altfel, societățile la care practicianul în insolvență a fost desemnat într-una din calitățile prevăzute de Legea 85/2014 nu au calitatea de clienți ai practicianului în insolvență, ci își desfășoară activitatea sub supravegherea sau conducerea acestuia, în funcție de etapa procesuală în care se află.

Experiența și implicarea practicianului în insolvență în diferite proceduri prevăzute de Legea 85/2014 poate fi dovedită cu sentințele/încheierile prin care a fost desemnat, cu încheierile de omologare a concordatului preventiv, cu sentințele de confirmare a planului de reorganizare, cu sentințele de închidere a procedurii de reorganizare și reinserție a debitorului în circuitul comercial, precum și cu orice alte acte considerate ca fiind relevante și emanând de la o instanță de judecată.

d. Cu privire la prevederea caietului de sarcini potrivit căreia experiența profesională trebuie demonstrată în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită de depunere a ofertelor, caietul de sarcini arată că:

„Ofertantul trebuie să demonstreze că în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită de depunere a ofertelor a prestat, în conformitate cu normele profesionale în domeniu și a dus la bun sfârșit servicii similare celor care fac obiectul contractului în valoare cumulată de minim ... lei, la nivelul a maxim 3 contracte.”

Contestatorul apreciază această cerință neclară, întrucât nu se precizează valoarea cumulată avută în vedere la nivelul a maxim 3 contracte, cât și contrară dispozițiilor art. 8 și 9 Instrucțiunea nr. 1 din 4 ianuarie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, potrivit cărora:

„Art. 8

(1) Ca expresie a deținerii unor competențe ce reflectă existența unor calificări profesionale, autoritatea/ entitatea contractantă poate solicita pentru personalul menționat la art. 2 alin. (1) demonstrarea unei experiențe generale și/sau a uneia specifice, acolo unde autoritatea responsabilă în domeniul specific nu a stabilit descriptori de definire aferenți nivelurilor Cadrului național al calificărilor, în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 918/2013 privind aprobarea Cadrului național al calificărilor, cu modificările ulterioare.

(2) Experiența generală solicitată de autoritatea/entitatea contractantă în ceea ce privește domeniul studiilor absolvite sau, după caz, în specializarea necesară poate fi de până la 5 ani, ca regulă generală.

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2), autoritatea/entitatea contractantă poate solicita mai mult de 5 ani vechime în specialitatea studiilor absolvite sau, după caz, în specializarea necesară, atunci când există reglementări specifice și/sau atunci când autoritatea/entitatea contractantă justifică temeinic, la nivelul strategiei de contractare, complexitatea deosebită a activităților ce urmează a fi derulate în cadrul contractului prin prisma poziției/atribuțiilor respectivei persoane și anvergura obiectului contractului.

(4) Nu se va impune îndeplinirea unei experiențe generale în ultimii "n " ani.

NOTĂ EXEMPLIFICATIVĂ:

Nu se poate impune ca o persoană să aibă o experiență generală în domeniul studiilor absolvite sau, după caz, în specializarea solicitată, realizată în ultimii 5 ani.

Se poate solicita ca persoana să aibă o experiență generală în domeniul studiilor absolvite sau, după caz, în specializarea solicitată, de cel puțin 5 ani. indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență.

(5) Anii solicitați în vederea dovedirii experienței generale vor fi calculați prin luarea în considerare a perioadei/perioadelor în care persoana respectivă a ocupat posturi/poziții de tipul celor menționate la art. 2, prin prisma cărora a acumulat experiența solicitată.

NOTĂ EXEMPLIFICATIVĂ:

În evaluarea candidaturilor/ofertelor, în vederea îndeplinirii criteriului de calificare solicitat, documentele-suport relevante care atestă experiența generală și care trebuie să fie acceptate de comisia de evaluare, la momentul în care se solicită demonstrarea celor asumate de candidat/ofertant prin DUAЕ, pot fi fișa de post, contractul de muncă, recomandarea sau orice alte documente similare din care rezultă informațiile solicitate de autoritatea contractantă.

Din respectivele documente trebuie să rezulte o experiență de 5 ani în ocuparea unei poziții prin prisma căreia a avut responsabilități și sarcini de manager de contract [a se vedea în acest sens exemplul de la art. 2 alin. (2) pentru o asemenea funcție] în raport cu activitățile de realizare a construcțiilor civile, în cadrul unei/unor organizații ce activează constant pe o piață de profil din cadrul acestui sector.

Art. 9

(1) În situația în care, prin raportare la obiectul contractului, sunt relevante competențele personalului menționat la art. 2 alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă se poate axa, în principal, pe solicitarea demonstrării unei experiențe specifice în realizarea unor activități similare celor ce caracterizează obiectul principal al contractului ce urmează a fi atribuit, în corelație cu domeniul în care se încadrează acesta (în situația în care specificul domeniului în cauză presupune o particularizare a modului de coordonare a implementării contractului în cauză).

(2) Experiența specifică, solicitată de autoritatea contractantă în conformitate cu alin. (1), poate fi de până la 3 ani, ca regulă generală.

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2), autoritatea contractantă poate solicita mai mult de 3 ani experiență specifică atunci când se află în situația descrisă la art. H alin. (3).

(4) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune ca experiența specifică cuantificată în ani să fie realizată în raport cu un singur contract/proiect a cărui implementare a coordonat-o sau ca aceasta să fie dobândită prin trimitere la un proiect/ proiecte derulat/derulate în ultimii "n" ani.

NOTA EXEMPLIFICATIVĂ: Nu se poate impune ca o persoană să fi realizat activitățile ce fac obiectul experienței specifice în procesul de implementare/coordonare a unui proiect/contract similar ce s-a derulat în ultimii 3 ani.

(5) Nu se va impune îndeplinirea unei experiențe specifice în ultimii "n " ani sau ca aceasta să fie realizată într-o perioadă de timp indusă în cea pentru care a fost demonstrată îndeplinirea cerințelor referitoare la experiența generală.

a) NOTĂ EXEMPLIFICATIVĂ 1:

Nu se poate impune ca o persoană să aibă o experiență specifică realizată în ultimii 3 ani.

Se poate solicita ca persoana să aibă o experiență specifică de cel puțin 3 ani, indiferent de perioada în care a fost realizată această experiență.

b) NOTĂ EXEMPLIFICATIVĂ 2:

Nu se poate solicita ca din cei 5 ani de experiență în domeniul studiilor absolvite sau, după caz, în specializarea solicitată 3 ani să fie în domeniul specific activităților din cadrul contractului."

e. Condiționări care exced prevederilor legale

Tot în cadrul criteriilor de calificare petentu a constatat faptul că entitatea contractantă solicită competență în domeniul juridic, financiar, analiză de business și evaluare dovedite prin proiecte de portofoliu, deși, asemenea celor indicate anterior, în procedura concordatului preventiv, calitatea de administrator concordatar o poate dobândi, prin numirea instanței de judecată, doar un practician în insolvență.

În conformitate cu prevederile OUG 86/2006, republicată, privind organizarea activității practicienilor în insolvență, art. 23 *„Poate dobândi calitatea de practician în insolvență persoana care îndeplinește următoarele condiții:*

a) deține diplomă de studii de învățământ superior de lungă durată în drept ori științe economice și are o experiență în domeniul juridic sau economic de cel puțin 3 ani de la data obținerii diplomei de studii superioare."

Drept urmare, pentru a dobândi calitatea de practician în insolvență, conform cerințelor OUG 86/2006 republicată, este necesară dovedirea cunoștințelor în domeniul juridic sau în domeniul economic și nicidecum în domeniul analizei de business sau evaluare. Mai mult decât atât, Legea 85/2014, lege care reglementează procedura concordatului preventiv și a insolvenței statuează că *„în vederea îndeplinirii atribuțiilor sale, administratorul judiciar va putea desemna persoane de specialitate precum avocați, experți contabili, evaluatori sau alți specialiști. Numirea și nivelul remunerațiilor acestor persoane vor fi supuse aprobării comitetului creditorilor în cazul în care acestea vor fi plătite din averea debitoarei sau se vor supune standardelor de cost stabilite de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România, potrivit prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 86/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare, în cazul în care se vor remunera din fondul de lichidare constituit potrivit prevederilor art. 39 alin. (4)."*

Astfel, motivat de faptul că evaluatorul este o persoană de specialitate, iar practicienii în insolvență sunt cei care au studii juridice sau economice, contestatorul este de părere că, prin condiționarea indicării persoanelor de specialitate ca și criteriu de calificare, entitatea contractantă nu face altceva decât să adauge la lege, respectiv la condițiile impuse pentru dobândirea calității de practician în insolvență.

Mai mult, entitatea contractantă nu poate impune, prin intermediul caietului de sarcini condiții de excludere pe care judecătorul sindic nu este obligat să le aibă în vedere la desemnarea practicianului în insolvență, conform dispozițiilor Legii 85/2014.

În concluzie, ofertantul arată că, pe de-o parte nu se poate obține punctaj maxim, pe de altă parte, nu se pot îndeplini condiții nereglementate legal, ceea ce conduce la incorectitudinea documentației de atribuire, impunându-se remedierea acesteia.

C) Neadaptarea documentelor solicitate și cerințelor, raportat la statutul special de practician în insolvență pe care trebuie să îl aibă ofertanții

Contestatorul atrage atenția asupra faptului că la punctul 5 al caietului de sarcini, intitulat „Criterii de calificare”, entitatea contractantă a indicat faptul că în vederea înscrierii, ofertei trebuie să îndeplinească cerințele solicitate prin caietul de sarcini, depunând următoarele documente:

a) *Certificat de înmatriculare/ înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului;*

b) *Certificat constatator în formă extinsă, nu mai vechi de 30 de zile;*

(...)

Cu privire la documentația necesară pentru înscriere, contestatorul precizează următoarele:

Primele 2 documente solicitate, respectiv certificat de înmatriculare/ înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului și Certificat constatator în formă extinsă, nu mai vechi de 30 de zile sunt documente specifice pentru comercianții persoane fizice/ juridice înregistrate în cadrul ORC ca PFA, SRL sau SA. Astfel, aceste documente sunt emise de Registrul Comerțului comercianților fizice/ juridice care cer înmatricularea în acest registru ca PFA, SRL sau SA.

Drept urmare, deși reprezentanții entității contractante arată în cadrul anunțului și a restului documentației că se dorește angajarea unui specialist pentru elaborarea, negocierea, implementarea și respectarea concordatului preventiv conform prevederilor Legii 85/2014, specialist care nu poate fi decât un practician în insolvență, aceștia solicită în mod imperativ depunerea unui certificat constatator emis de ORC, deși practicianul în insolvență NU este supus înregistrării la ORC.

Conform prevederilor Legii 85/2014, lege care reglementează procedura concordatului preventiv, calitatea de administrator concordatar o poate avea DOAR un profesionist din domeniul insolvenței, profesionist care se poate organiza DOAR sub formă de CIL (cabinet individual de insolvență), SPRL (societate profesională cu răspundere limitată) sau IPURL (întreprindere unipersonală cu răspundere limitată). Indiferent de forma de organizare, practicianul în insolvență este supus înregistrării exclusiv în cadrul Registrului Formelor de Organizare (RFO) al UNPIR (Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România), primind la înregistrare un număr RFO și ulterior la organul fiscal, dar niciodată la ORC.

Întrucât concordatul preventiv este o procedură specială, reglementată strict de Legea 85/2014, administratorul concordatar, numit de instanța de judecată, nu poate fi decât un profesionist în domeniul insolvenței, respectiv un practician în insolvență organizat în una dintre cele 3 forme acceptate de UNPIR, respectiv CIL, SPRL sau IPURL. Asemenea cum a fost indicat anterior, practicienii în insolvență sunt înregistrați numai în Registrul Formelor de Organizare (RFO) al UNPIR, fiindu-le atribuit un nr. RFO, astfel încât înregistrarea nefiind operată la

ORC, practicienii în insolvență nu dețin un certificat înmatriculare la ORC sau un certificat constatator.

Totodată, contestatorul menționează faptul că în cuprinsul anunțului, la secțiunea *III.1) Condiții de participare, subsecțiunile III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale și III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională*, este indicată obligativitate completării formularului DUAЕ. Potrivit art. 58 alin. (2) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului „În ceea ce privește capacitatea de exercitare a activității profesionale, autoritățile contractante pot impune operatorilor economici obligația de a fi înscriși în unul dintre registrele profesionale sau comerciale din statul membru de stabilitate, care figurează în anexa XI sau de a se conforma oricăror cerințe stabilite în respectiv anexă”. Practic, informațiile din Registrul Comerțului privesc, în mod exclusiv, capacitatea de exercitare a activității profesionale, la fel cum, informațiile cuprinse în Registrul Formelor de Organizare (RFO) al UNPIR privesc capacitatea de exercitare a activității profesionale specifice domeniului insolvenței.

Astfel, petentul consideră că, condiția impusă de entitatea contractantă cu privire la depunerea acestor două documente emise de ORC, a fost dispusă cu încălcarea principiului proporționalității reglementat de Legea 99/2016, care guvernează întreaga procedură de atribuire și care impune ca actele solicitate de entitatea contractantă să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar, în scopul realizării obiectivelor urmărite. În prezentul anunț de atribuire a proiectului, entitatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat.

De asemenea, prin completarea formularului DUAЕ, ofertantul trebuie să precizeze dacă este înscris într-unul dintre Registrele Profesionale sau Comerciale relevante din statul membru în care este stabilit.

Contestatorul susține că această solicitarea DUAЕ corespunde cerinței din FDA de la Secțiunea III 2.1.b - Capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Mai mult decât atât, art. 202 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, prevede că:

(1) Entitatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, care constă într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții: (...)

Totodată, conform art. 205 din Legea nr. 99/2016:

(1) Entitatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.

(2) *Înainte de atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, entitatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.*

Prin urmare, îndeplinirea criteriilor de calificare este stabilită exclusiv pe baza informațiilor prezentate în DUAE, documente suplimentare în dovedirea îndeplinirii criteriilor de calificare fiind solicitate de entitatea contractantă doar ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire sau atunci când acesta consideră necesar în etapa de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare.

În consecință, pentru simplu fapt că Legea 85/2014 care reglementează concordatul preventiv, prevede faptul că administrator concordatar poate fi doar un practician în insolvență, specialist care, așa cum a fost indicat supra, nu este înscris la ORC ci doar în RFO în cadrul UNPIR și având în vedere și normele legale în ceea ce privește completarea formularului DUAE, contestatorul apreciază că documentele cerute de entitatea contractată nu pot fi prezentate de specialiști în domeniul insolvenței, cum de altfel impune chiar Legea 85/2014, lege sub imperiul căreia se va desfășura procedura concordatului preventiv.

D) Contestatorul învederează că garanția de bună execuție nu este aplicabilă obiectului contractului.

Potrivit punctului 9 din caietul de sarcini *„prestatorul are obligația de a constitui garanția de bună execuție a contractului, pe durata contractului și, oricum înainte de începerea prestării serviciului, în scopul asigurării achizitorului de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului.”*

Potrivit dispozițiilor art. 42 alin. 2 din OUG 86/2006 *„Fiecare membru al UNPIR este obligat ca, în termen de 30 de zile de la admiterea în UNPIR, să se asigure profesional, prin subscrierea unei polițe de asigurare valabile, care să acopere eventualele prejudicii cauzate în îndeplinirea atribuțiilor sale. Riscul asigurat trebuie să reprezinte consecința activității practicianului în insolvență pe perioada exercitării calității sale”. Iar potrivit dispozițiilor alin. 8 ale aceluiași articol „nerespectarea obligației de asigurare de răspundere profesională în termenul prevăzut la alin. (2) sau (7) duce la suspendarea calității de membru al UNPIR pe o perioadă de maximum 6 luni. Aceeași măsură se va lua și în cazul în care polițele de asigurare de răspundere profesională nu sunt reînnoite la data expirării lor.”*

Astfel, orice eventuale prejudicii cauzate de practicianul în insolvență, în desfășurarea atribuțiilor sale, sunt acoperite de asigurarea încheiată de acesta în conformitate cu prevederile art. 42 al. 2 din OUG 86/2006.

Având în vedere că raportul dintre administratorul concordatar și debitoare nu sunt și nu pot fi întemeiate pe un contract, contestatorul opinează că nici clauzele referitoare la garanția de bună execuție nu își găsesc temei.

Se arată că remunerația administratorului concordatar este aprobată de către creditorii, prin proiectul de concordat aprobat de aceștia și omologat de judecătorul sindic, iar efectuarea de rețineri de către debitoare, de orice natură, chiar și cu titlu de garanție de bună execuție, este total nelegală.

Mai mult decât atât, petentul susține că activitatea administratorului concordatar desemnat de judecătorul sindic este cenzurată de către instanță și nu de către debitorul supus procedurii de concordat preventiv. nu are în niciun caz calitatea de a face aprecieri cu privire la modul în care administratorul concordatar își aduce la îndeplinire mandatul acordat, acesta fiind atributul exclusiv al judecătorului sindic.

În acest context, contestatorul apreciază că întregul punct referitor la garanția de bună execuție - constituire, modalitate de prezentare, rețineri este nelegal și se impune a fi exclus din caietul de sarcini.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr., ... formulează Punct de vedere la contestația depusă de, precizând următoarele:

Astfel cum rezultă din documentația de atribuire, obiectul contractului care urmează să fie atribuit este unul foarte complex care presupune două etape, respectiv:

Etapa I:

- analiza preliminară a situației economico-financiară a societății și asistența la stabilirea strategiei pentru restructurarea activității companiei prin recurgerea la procedura concordatului preventiv. Această analiză va stabili și dacă sunt îndeplinite condițiile de eligibilitate prevăzute de Legea nr. 85/2014 pentru deschiderea procedurii de concordat preventiv, respectiv dacă achizitorul este "debitor aflat în dificultate financiară".

Etapa II:

1) elaborarea cererii de deschidere a procedurii de concordat preventiv, conform art. 23 din Legea nr. 85/2014;

2) stabilirea strategiei pentru restructurarea activității Companiei prin recurgerea la procedura concordatului preventiv, precum și la ajustarea strategiei dependent de evoluția negocierilor;

3) elaborarea ofertei de concordat în versiunea inițială, supusă negocierilor, precum și în cea finală, supusă votului, care, în conformitate cu art. 23, 24 și 27 din Legea nr. 85/2014, va cuprinde și proiectul de concordat preventiv și, implicit, planul de redresare și modalitatea de plată a creanțelor.

Entitatea contractantă susține că contestația se află în eroare cu privire la motivul pentru care solicită, respectiv încălcarea prevederilor art. 37 din Legea nr. 99/2016 și a prevederilor Legii nr. 85/2014.

Articolele 37, alin (1) lit. d) și 37, alin. (3) d) din Legea nr. 99/2016 invocate de contestație nu sunt relevante în speță întrucât se referă la serviciile juridice pentru care nu se aplică Legea nr. 99/2016, iar obiectul contractului care urmează să fie atribuit îl constituie "Servicii de consultanță pentru restructurarea / reorganizarea tehnico - financiară", ca

etapă premergătoare a procedurii de concordat preventiv prevăzută de Legea nr. 85/2014, pentru care legea prevede aplicarea unei proceduri.

Potrivit art. 23 din Legea 85/2014 *„prin cererea sa debitorul propune un administrator concordatar provizoriu dintre practicienii în insolvență autorizați potrivit legii”*.

Potrivit doctrinei juridice (Stanciu D. Carpenaru): *„Din exprimarea legii este exclusă procedura insolvenței, unde judecătorul sindic poate numi un practician în insolvență când acesta nu a fost propus de creditor sau debitor prin cererea introductivă. Așadar, dacă debitorul omite desemnarea unui administrator, judecătorul îi va pune în vedere acest aspect, iar dacă debitorul nu se conformează judecătorul sindic va respinge cererea, neavând posibilitatea desemnării din oficiu a unui administrator concordatar.”* Aceasta soluție se fundamentează și pe natura raporturilor dintre administrator și debitor, specifice mandatului, deci supuse caracterului intuitu personae.

De asemenea, Entitatea susține că procedura nu se referă nici la omologarea administratorului concordatar, așa cum susține contestatoarea, care este atributul exclusiv al judecătorului-sindic, ci doar la propunerea acestuia, conform prevederilor Legii nr. 85/2014.

Nu poate fi vorba despre un contract încheiat între debitor și administratorul concordatar, așa cum susține contestatoarea, întrucât nu s-a organizat o procedură pentru desemnarea administratorului concordatar, acesta fiind propus de debitoare, conform art. 23 din Legea nr. 85/2014 și ulterior omologat de către judecătorul-sindic. Mandatul administratorului concordatar se va realiza, de asemenea, în conformitate cu prevederile Legii nr. 85/2014.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei cu privire la eliminarea etapei a II-a: Așa cum rezultă din documentele achiziției, etapa a II-a prevede:

1) elaborarea cererii de deschidere a procedurii de concordat preventiv, conform art. 23 din Legea nr. 85/2014;

2) stabilirea strategiei pentru restructurarea activității Companiei prin recurgerea la procedura concordatului preventiv, precum și la ajustarea strategiei dependent de evoluția negocierilor;

3) elaborarea ofertei de concordat în versiunea inițială, supusă negocierilor, precum și în cea finală, supusă votului, care, în conformitate cu art. 23, 24 și 27 din Legea nr. 85/2014, va cuprinde și proiectul de concordat preventiv și, implicit, planul de redresare și modalitatea de plată a creanțelor.

Deși se acuză faptul că întocmirea caietului de sarcini a fost realizată în mod dedicat, Entitatea remarcă faptul că contestatara însăși afirmă că mai există încă trei societăți care îndeplinesc criteriile impuse, ceea ce contrazice afirmațiile privind restricționarea concurenței.

În ceea ce privește criteriul impus pentru capacitatea tehnică și profesională:

Având în vedere faptul că societatea este o companie mare și de importanță majoră la nivel local, pentru care procedura concordatului preventiv este o soluție optimă de redresare, iar faza premergătoare procedurii de concordat preventiv este important a fi realizată de

profesioniști experimentați și ținând cont de complexitatea serviciilor și de valoarea pasivului ce urmează a fi gestionat, Entitatea consideră că serviciile care urmează a fi prestate necesită o expertiză a operatorilor economici, fapt pentru care a analizat și justificat în mod obiectiv criteriul de calificare privind capacitatea tehnică și profesională, la stabilirea căruia s-a avut în vedere cantitățile de servicii similare prestate, în raport cu valoarea pasivului ce urmează a fi gestionat.

Se menționează că, criteriul de calificare avut în vedere de societatea a fost stabilit prin raportare la valoarea pasivului societății, respectiv 320 milioane lei, valoarea de 250 milioane lei la care se face referire reprezentând aproximativ 75%-80% din valoarea totală a pasivului care face obiectul contractului.

Entitatea contractantă afirmă că contestația se afla în eroare cu privire la faptul că prezenta procedură nu intră sub incidența prevederilor Legii nr. 99/2016, indicând prevederile art. 37 alin. (1) lit. d) raportat la art. 37 alin. (3) lit. d), care nu reflectă serviciile care fac obiectul procedurii organizate de către societatea

Pe baza motivelor și a documentelor prezentate în susținerea afirmațiilor, entitatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de, ca nefondată, netemeinică și nelegală.

În ceea ce privește contestația formulată de, contestatorul afirmă următoarele:

Documentele procedurii încalcă normele speciale incidente în materia achizițiilor publice, respectiv art. 172 alin. (3) din Legea 98/2016 și art. 31 alin. (1), lit. a) și b) din HG 395/2016 conform cărora *„Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit”* și *„autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; și sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.”*

Contestatorul susține că criteriul de calificare prevăzut în anunțul de participare la punctul III. 1.3.a) referitor la Capacitatea tehnică și/sau profesională: *„Ofertantul trebuie să demonstreze că în ultimii 3 ani, împliniți la data termenului limită de depunere a ofertelor, a prestat în conformitate cu normele profesionale în domeniu și a dus la bun sfârșit servicii similare celor care fac obiectul contractului, minim 2 proiecte mari de restructurare (cel puțin un concordat omologat pentru firme înregistrate în România și care au sediul în România) pentru o valoare minimă a pasivului de 250 milioane de lei fiecare”*, este unul restrictiv, menit să înlăture concurența reală, întrucât din informațiile pe care le deține, pe piață există un singur operator economic care poate îndeplini

această solicitare a entității contractante, respectiv ... în legătură cu concordatul preventiv omologat pentru

Totodată, contestatorul precizează că există o rată extrem de mică a concordatelor preventive omologate în România (conform informațiilor statistice ce pot fi furnizate de către Ministerul Justiției cât și de către organul profesional Uniunea Națională a Practicienilor în insolvență), iar pentru o valoare minimă ca cea indicată în documentația de atribuire există unul singur, de unde se desprinde concluzia că impunând o astfel de condiție câștigătorul licitației nu poate fi decât Casa de Insolvență Transilvania.

Se menționează că toate acestea duc la încălcarea principiilor generale prevăzute la art. 2 din Legea 98/2016. Prin menținerea acestui criteriu se creează o situație discriminatorie evidentă, mai ales pentru societățile cu bogată experiență similară în consultanță financiară, dar care nu au prestat activitate în cadrul unicului concordat preventiv omologat în România având valoare minimă de 250 milioane lei, înlăturându-se astfel concurența reală, documentația de atribuire apărând ca fiind întocmită pe parametrii unui anumit operator economic prestabilit.

Față de aceste considerente, în temeiul prevederilor art. 26 din Legea 101/2016, contestatorul solicită admiterea contestației, ... de achiziție publică contestată și obligarea entității contractante la reluarea procedurii prin întocmirea unor documente care să respecte prevederile legale imperative.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu sub nr., ... formulează Punct de vedere la contestația depusă de, precizând următoarele:

Pentru atribuirea contractului de „Servicii de consultanță pentru restructurarea/reorganizarea tehnico-financiară” societatea a organizat o procedură simplificată, în temeiul prevederilor 126 din Legea nr. 99/2016, prin publicarea în SICAP a anunțului cu nr., astfel încât nu se poate reține în sarcina acesteia vreo încălcare a prevederilor Legii nr. 98/2016, așa cum susține contestatoarea.

Entitatea menționează că, în calitate de producător și furnizor de energie electrică și termică, activează în domeniul activităților relevante (sectoriale), la care se aplică Legea 99/2016.

Astfel, prevederile legale invocate de către contestatoare se regăsesc și în Legea nr. 99/2016, respectiv art. 185 alin. (3) – *„Entitatea contractantă stabilește numai criterii privind capacitatea care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat sau ofertant are capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.”*

Din economia textului mai sus menționat rezultă faptul că la stabilirea criteriilor privind capacitatea operatorilor economici, entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere complexitatea, în cazul de față, a serviciilor ce urmează a fi prestate, astfel încât criteriile stabilite să poată reflecta capacitatea operatorilor economici de a executa contractul care urmează să fie atribuit.

Având în vedere faptul că societatea este o companie mare și de importanță majoră la nivel local, pentru care procedura concordatului preventiv este o soluție optimă de redresare, iar faza premergătoare procedurii de concordat preventiv este important a fi realizată de profesioniști experimentați și ținând cont de complexitatea serviciilor și de valoarea pasivului ce urmează a fi gestionat, Entitatea subliniază că serviciile care urmează a fi prestate necesită o expertiză a operatorilor economici, fapt pentru care a analizat și justificat în mod obiectiv criteriul de calificare privind capacitatea tehnică și profesională, la stabilirea căruia s-a avut în vedere cantitățile de servicii similare prestate, în raport cu valoarea pasivului ce urmează a fi gestionat.

Se reține că criteriul de calificare avut în vedere de societatea a fost stabilit prin raportare la valoarea pasivului societății, respectiv 320 milioane lei, valoarea de 250 milioane lei la care se face referire reprezentând aproximativ 75%-80% din valoarea totală a pasivului care face obiectul contractului.

Pe baza motivelor și a documentelor prezentate în susținerea afirmațiilor, entitatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de ca nefondată, netemeinică și nelegală.

Cu adresa nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., ..., în calitate de asociat al, a depus Cerere de intervenție accesorie la cererea de suspendare formulată de, solicitând admiterea acesteia, cu consecința suspendării procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Intervenienta susține că achiesează integral la punctele de vedere/criticile, respectiv precizările efectuate de în cuprinsul cererii de suspendare, respectiv a contestației formulate.

Totodată, intervenienta menționează că, raportat la obiectul achiziției, precum și la prevederile Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, reiese faptul că procedura prevăzută de Legea nr. 99/2016 nu este aplicabilă obiectului achiziției.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., ..., în calitate de asociat al, înaintează Cerere de intervenție accesorie la contestația formulată de, în care susține că achiesează la contestație și solicită:

I. ÎN PRINCIPAL: de atribuire pentru încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. (3) lit. d) din Legea 99/2016 și raportat la prevederile Legii nr. 85/2014.

II. ÎN SUBSIDIAR 1: obligarea autorității contractante la remedierea întregii proceduri de atribuire, în sensul eliminării etapei II de la pct. 2 Obiectul achiziției din Caietul de sarcini și din toate documentele subsecvente pentru încălcarea prevederilor art. 37 alin. 1 lit. d), raportat la prevederile art. 37 alin. (3) lit. d) din Legea 99/2016, la prevederile Legii nr. 85/2014 și ale OUG nr. 86/2006.

III. ÎN SUBSIDIAR 2: obligarea autorității contractante la remedierea documentației de înscriere la procedura de achiziție publică, astfel încât să

permite derularea procedurii de selecție/ achiziție publică în condiții de concurență reală, prin asigurarea posibilității participării la procedura de selecție/ achiziție publică a tuturor agenților economici interesați.

..... redă criticile expuse de în cuprinsul contestației, solicitând cele de mai sus.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, prin procedură simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Servicii de consultanță pentru restructurarea/reorganizarea tehnico-financiară”, cod CPV 66171000-9”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva documentației de atribuire și au formulat contestațiile ce fac obiectul dosarelor conexe nr.

Prin încheierea nr., Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii formulate de, pe care a respins-o.

Cu privire la cererile de intervenție accesorii formulate de la cererea de suspendare a procedurii și la contestația formulate de, dosar nr. ..., Consiliul le apreciază ca fiind inadmisibile, având în vedere că are calitatea de asociat al, aceștia participând și depunând ofertă în Asocierie la prezenta procedură de atribuire.

Pe fondul contestației formulate de, Consiliul reține următoarele:

Contestatorul sustine ca procedura de atribuire având ca obiect „Servicii de consultanță pentru restructurarea/reorganizarea tehnico-financiară” organizată de SA iese din cadrul legal al unei proceduri de achiziție de servicii de consultanță prin extinderea obiectului contractului de la punctul 2 din etapa a II-a (astfel cum este descris obiectul achizitiei în caietul de sarcini).

Analizând modul în care SA a descris obiectul achizitiei în caietul de sarcini, Consiliul constată că acesta se poate încadra în denumirea „Servicii de consultanță pentru restructurarea/reorganizarea tehnico-financiară” prin tot ce este prevăzut în etapa I-a, chiar și prin ceea ce este prevăzut în etapa a II-a la punctele 1, 2 și 3, dar prin introducerea punctului 4 de la etapa a II-a încalcă flagrant prevederile legale.

Punctul 4 de la etapa a II-a, „*Mandatul de administrator concordatar conform Legii 85/2014*” este o extindere nepermisă a obiectului achizitiei, în sensul în care operatorul economic care va efectua serviciile de consultanță pentru restructurarea/reorganizarea tehnico-financiară va fi, în mod obligatoriu, desemnat ca administrator concordatar, situație care contravine prevederilor legale privind desemnarea respectivei entități.

Potrivit prevederilor art. 23 alin (1) și (2) din Legea nr. 85/2014:

„Art. 23. - (1) Orice debitor aflat în dificultate financiară, mai puțin cei excluși conform prevederilor [art. 16](#), poate introduce la tribunalul competent o cerere de deschidere a procedurii de concordat preventiv. Prin cererea sa, debitorul **propune** un administrator concordatar provizoriu **dintre practicienii în insolvență autorizați potrivit legii.**

(2) Judecătorul-sindic numește administratorul concordatar provizoriu prin încheiere executorie.”

Astfel, nu numai ca numirea administratorului concordatar este în competența judecătorului-sindic și numai propunerea aparține debitorului, dar exercitarea mandatului de administrator concordatar este conditionată de calitatea de practician în insolvență autorizat și nu de consultant pentru restructurarea/reorganizarea tehnico-financiară, deși consultanța financiară (cod CPV 66171000-9) este singura specializare solicitată participanților la procedura conform anunțului de participare simplificat secțiunea a II-a.

Entitatea contractantă, ... SA, argumentează pe larg, în punctul de vedere transmis Consiliului, faptul că etapa I-a și primele trei puncte de la etapa a II-a se circumscriu noțiunii de „Servicii de consultanță pentru restructurarea/reorganizarea tehnico-financiară”, dar evită cu obstinație să amintească de punctul 4 de la etapa a II-a care este, în mod evident, exercitarea mandatului de administrator concordatar conform Legii 85/2014.

Această activitate, trecută cu vederea în punctul de vedere adresat Consiliului de către SA este, în fapt, activitatea de bază care urmează a fi desfășurată, situație care reiese atât din „durata de prestare a serviciului” de 24 luni calendaristice cu posibilitatea extinderii cu încă 12 luni adiționale cât și din GRAFICUL DE PRESTARE SERVICIU ȘI PLATI (Anexa 1 la caietul de sarcini) unde sunt prevăzute explicit la punctele C, D și E, onorariul de succes pentru administrarea procedurii de concordat preventiv pe parcursul a doi ani calendaristici.

Potrivit prevederilor art. 17 lit a) și a art. 24 alin (6) din Legea nr. 85/2014:

„Art. 17. - Judecătorul-sindic are următoarele atribuții în procedura concordatului preventiv:

a) să numească administratorul concordatar provizoriu;

Art. 24....

(6) Prin proiectul de concordat preventiv, **supus aprobării creditorilor**, debitorul propune, de asemenea, **confirmarea administratorului concordatar provizoriu**, precum și onorariul acestuia pentru perioada ulterioară datei încheierii concordatului.”

Intrucât, pe de o parte desemnarea și pe de altă parte confirmarea administratorului concordatar provizoriu nu sunt decizii pe care debitorul le poate impune (nu poate impune desemnarea ca administrator concordatar a castigatorului unei proceduri de achiziție de servicii de consultanță) extinderea obiectului procedurii cu exercitarea mandatului de administrator concordatar de către operatorul economic desemnat castigator este nelegală.

Consiliul retine ca, in speta, nu pot fi efectuate remedieri care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire si in consecinta, se impune de atribuire contestate.

Avand in vedere decizia Consiliului de a dispune, solicitare principala si in cazul contestatiei formulate de, Consiliul constata ca nu se mai impune o analiza separata a contestatiei formulate de, ambele contestatii urmand a fi admise.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit c) si alin (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestațiile formulate de si de în contradictoriu cu SA si va dispune de atribuire.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge ca inadmisibile cererile de intervenție formulate de

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit c) si alin (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestațiile formulate de si de în contradictoriu cu SA si dispune de atribuire.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge ca inadmisibile cererile de intervenție formulate de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.